

ORGANIZAÇÃO:
MARCELO PROENÇA CAMA
JANETE RICKEN LOPES DE BARROS

GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO

TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDB/IDP

TURMA 1/2012

AUTORES:

ALEXANDRE VIEIRA SANTANA
ANA KAROLINE LOPES DA COSTA
BERNARDO DE ALMEIDA TANNURI LAFERTÉ
DIONATA LUIS HOLDEFER
FREDERICO CARVALHO DIAS
LUÍSA CIBREIROS DA SILVA
MARCELO LUIS KOCH
RICARDO MARTINS JUNIOR
THAIS FERREIRA DE ALMEIDA
VINÍCIUS SOUZA NUNES
ALLAN DOUGLAS VIEIRA SANTOS

Organização

Marcelo Proença Cama
Janete Ricken Lopes de Barros

GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO
TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDB/IDP
TURMA I/2012

1ª edição

Autores:

Alexandre Vieira Santana

Ana Karoline Lopes Da Costa

Bernardo De Almeida Tannuri Laferté

Dionata Luis Holdefer

Frederico Carvalho Dias

Luísa Cibreiros Da Silva

Marcelo Luis Koch

Ricardo Martins Junior

Thais Ferreira De Almeida

Vinícius Souza Nunes

Allan Douglas Vieira Santos

IDP
Brasília
2017

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

MEMBROS EFETIVOS:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes

Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer

Coordenador-Geral: Walter Costa Porto

Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de Iles Illes Balears/Espanha
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal
5. Arnoldo Wald
6. Atalá Correia – IDP/DF
7. Carlos Blanco de Moraes – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
8. Everardo Maciel – IDP/DF
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF
10. Felix Fischer
11. Fernando Rezende
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP
18. José Roberto Afonso – FGV
19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – Fhöv NRW/Alemanha
22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
23. Ludger Schrapper
24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
25. Maria Alicia Lima Peralta
26. Michael Bertrams
27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autónoma do México – UNAM
28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
33. Rui Stoco
34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
35. Sergio Bermudes
36. Sérgio Prado

Cama, Marcelo Proença (Org.)

Grandes temas da Graduação: TCC da Graduação de Direito da EDB/IDP turma I/2012. / Organizadores Marcelo Proença Cama; Janete Ricken Lopes de Barros. – Brasília: IDP, 2017.
447p.

ISBN: 978-85-9534-012-1

1. Justiça Militar. 2. Direitos Fundamentais. 3. Behaviorismo. 4. Ação Rescisória. I. Título. II. Janete Ricken Lopes de Barros.

CDDir 340

APRESENTAÇÃO

Marcelo Cama Proença Fernandes

Janete Ricken Lopes de Barros

Estamos nos aproximando do ano de 2020. A atividade jurídica, prática ou teórica, atualmente está muito distante daquilo que era em finais do Século XX. Grandes desafios se apresentam para os nossos estudantes e bacharéis. A sua trajetória profissional e acadêmica não será nada fácil. Um mercado ultracompetitivo os aguarda. A aprovação no exame da OAB e em concursos públicos mostra-se cada vez mais difícil. Existe uma forte demanda por credenciais acadêmicas sólidas e títulos de pós-graduação, como Mestrado e Doutorado. Enfim, cuida-se de uma realidade inteiramente diversa e, reconheça-se, mais complexa e difícil para os nossos alunos, especialmente aqueles que estão se formando.

Nesse contexto, o ensino jurídico no Século XXI deve estar preparado para tais desafios. Uma metodologia voltada ao desenvolvimento de habilidades interpessoais e específicas, em vez da simples entrega de conhecimento teórico é um importante primeiro passo. A interdisciplinaridade apresenta-se como um requisito fundamental. A ampla participação dos alunos no processo de ensino e a sua conscientização social envolvem objetivos fundamentais das Faculdades em geral. Espera-se, de nossos acadêmicos, uma postura proativa, engajada, socialmente responsável e com o aprendizado de talentos bastante específicos.

O alcance desses objetivos é uma missão fundamental da Escola de Direito de Brasília. E a elaboração dos trabalhos de conclusão de curso constitui um mecanismo muito importante nesse processo. Trata-se de uma atividade que outorga ao estudante uma necessária dose de autonomia na escolha do tema explorado e na elaboração da sua pesquisa. Cuida-se de uma etapa fundamental no amadurecimento acadêmico e pessoal do aluno, que adquire a sua independência, passa a andar com as próprias pernas e assume responsabilidades específicas, sempre sob a orientação da Faculdade.

Por tais razões, a nossa Escola possui um apreço especial por essa etapa do processo de aprendizado. Desde o início do curso, a Faculdade procura incutir em seus alunos o apego à pesquisa e à necessidade de um estudo aprofundado das questões jurídicas. O processo de elaboração do trabalho de conclusão envolve inúmeros professores da instituição e uma estrutura específica. O nosso Centro de Pesquisa – CEPES tem por escopo prestigiar e incentivar a atividade de pesquisa dos alunos durante todo o curso,

preparando-os para o trabalho de conclusão e deixando-os aptos para novos passos em sua vida acadêmica.

Essa preocupação e o esforço institucional focado na pesquisa acadêmica traduz-se na qualidade de nosso corpo discente. Os nossos futuros bacharéis têm demonstrando grande entusiasmo na elaboração de seus trabalhos de conclusão, preparando pesquisas da mais alta qualidade, sempre sob a cuidadosa orientação de nossos professores e sob a supervisão do CEPES. O resultado disso constitui um complexo de pesquisas absolutamente qualificado, variado e interessante, motivo de grande orgulho para a direção, professores e colaboradores da instituição.

A presente obra constitui justamente um apanhado de alguns trabalhos mais destacados elaborados pela competente e promissora turma de graduação em Direito que concluiu o curso no segundo semestre de 2016. Os alunos Ana Karoline Lopes da Costa, Dionata Luis Holdefer, Luísa Cibreiros da Silva, Thais Ferreira de Almeida, Bernardo de Almeida Tannuri Laferté, Frederico Carvalho Dias, Marcelo Luís Koch, Ricardo Martins Junior, Alexandre Vieira Santana, Vinícius Souza Nunes e Allan Douglas Vieira Santos escolheram temas bastante variados e atuais, preparando pesquisas de inegável qualidade e que oferecem importante contribuição para variadas áreas do direito, como Liberdade Sindical, Abandono Afetivo, Bioética, Questões de Gênero, Regulação, Direito Eleitoral, Ação Rescisória, Tributação Internacional e Teoria Geral do Direito.

Cuida-se de pesquisas inegavelmente profícuas, elaboradas por um rol de estudantes extremamente talentoso, ético e responsável, que nos enche de orgulho, orientadas pelo destacado corpo de professores da EDB: Alvaro Ciarlini, Bruno Dantas, Bruno Ribeiro, Cristian Fetter Mold, Daniel Falcão, Julia Maurmann Ximenes, Luciano Felício Fuck e Ricardo Lourenço Filho. Mostra que a Escola de Direito de Brasília está no caminho certo, focando em ensino e pesquisa do mais alto nível e formando um ambiente acadêmico moderno, qualificado e vibrante. Desnecessário dizer que o nosso maior ativo e a razão de nossas conquistas são os nossos alunos e professores.

É, então, com grande satisfação que apresentamos esta edição do ebook “Grandes temas de Graduação”, convidando a todos a conferir a qualidade dos trabalhos que constituem o presente volume.

SUMÁRIO

ALEXANDRE VIEIRA SANTANA -----	08
A INVERSÃO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NOS PROCESSOS PENAIIS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, À LUZ DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	
ANA KAROLINE LOPES DA COSTA -----	46
COLETA DE DADOS GENÉTICOS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.654 DE 28 DE MAIO DE 2012	
BERNARDO DE ALMEIDA TANNURI LAFERTÉ -----	90
O REFORÇO POSITIVO COMO INDUTOR DE COMPORTAMENTOS NA SOCIEDADE	
DIONATA LUIS HOLDEFER -----	126
UNICIDADE ONTEM E HOJE: TENSIONAMENTO ENTRE LIBERDADE SINDICAL E AUTONOMIA DOS TAXISTAS NO DISTRITO FEDERAL	
FREDERICO CARVALHO DIAS -----	159
DISCRICIONARIEDADE DO ATO REGULATÓRIO COMO LIMITAÇÃO AO CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO	
LUÍSA CIBREIROS DA SILVA -----	208
A MUDANÇA DE NOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSGÊNEROS E O IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONSOLIDAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO	
MARCELO LUIS KOCH -----	240
VOTO NULO E RENOVAÇÃO DAS ELEIÇÕES CRÍTICAS AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20159	
RICARDO MARTINS JUNIOR -----	272
A RESCINDIBILIDADE PARCIAL E O PRAZO DECADENCIAL PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA E DA COISA JULGADA PROGRESSIVA	
THAIS FERREIRA DE ALMEIDA -----	310
O CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL	
VINÍCIUS SOUZA NUNES -----	345
EVASÃO FISCAL INTERNACIONAL: COMBATE ÀS PRÁTICAS ELISIVAS	
ALLAN DOUGLAS VIEIRA SANTOS -----	393
TEORIA QUEER E A AUTONOMIA DA VONTADE NAS QUESTÕES DE GÊNERO QUEER THEORY AND THE AUTONOMY OF THE WILL IN GENDER ISSUES	

**A INVERSÃO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NOS PROCESSOS PENAIS DE
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, À LUZ DA MÁXIMA
EFETIVIDADE DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

THE INVERSION OF THE INTERROGATION OF THE ACCUSED IN THE PENAL
PROCESSES OF THE UNION'S MILITARY JUSTICE, CONSIDERING THE
MAXIMUM EFFECTIVENESS OF THE GUARANTEES OF THE CONTRADICTORY
AND THE AMPLE DEFENSE.

Alexandre Vieira Santana

Sumário: Introdução; 1. O ato processual do interrogatório judicial; 1.1 O conceito e a estrutura do interrogatório; 1.2 A natureza jurídica do interrogatório: meio de prova ou de defesa?; 2. O devido processo legal e o processo penal; 2.1 O direito ao contraditório e à ampla defesa no processo penal; 2.2 A máxima efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa; 3. A inversão do interrogatório nos processos penais militares de competência da Justiça Militar da União; 3.1 A inversão do interrogatório na Justiça Militar da União; 3.2 A regra processual do Código de Processo Penal Militar e a ausência de omissão legislativa; 3.3 A natureza especial da Justiça Militar; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: Este artigo apresenta a possibilidade da inversão do interrogatório judicial do acusado, nos processos penais militares de atribuição da Justiça Militar da União, à luz da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Para esse fim, busca-se definir as questões fundamentais que influem no desenvolvimento do problema exposto. Isto é, partindo da observação concernente à essência do ato do interrogatório, principalmente, sua estruturação e natureza jurídica de meio de defesa, busca-se compreender, à luz da máxima efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa, em que medida a inversão do rito do interrogatório no contexto da JMU se faz necessária. No contexto desse estudo, ao final, busca-se examinar os principais argumentos invocados em oposição à referida inversão.

Palavras-Chave: Interrogatório. Justiça Militar da União. Contraditório. Ampla defesa.

Abstract: This article presents the possibility of reversing the judicial interrogation of the accused in the military criminal proceedings assigned to the Union's Military Justice (JMU), considering the maximum effectiveness of the constitutional

guarantees of the contradictory and the ample defense. For this purpose, it is sought to define the fundamental questions that can influence on the development of the exposed problem. Thus, starting from the observation concerning the essence of the act of interrogation, especially its structure and legal nature as a means of defense, it is sought to understand, considering the maximum effectiveness of the guarantees of the contradictory and the ample defense, in to what extent the inversion of the interrogation rite in the context of the JMU is necessary. In this context, at the end, it is sought to examine the main arguments invoked in opposition to this inversion.

Keywords: Interrogation. Military Justice of the Union. Contradictory. Ample defense.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar a viabilidade da inversão do interrogatório nos processos penais de competência da Justiça Militar da União, à luz da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Na esteira da atual Carta Constitucional, em 2008, a lei nº 11.719 trouxe uma importante modificação ao Código de Processo Penal comum, na qual o interrogatório do acusado, que antes dessa data era o primeiro ato a ser realizado, foi deslocado para o final da Audiência de Instrução e Julgamento, passando, dessa forma, a ser o último ato praticado, antes somente das alegações finais e do derradeiro ato da sentença.

De forma geral, pode-se dizer que mencionada alteração legislativa buscou dar uma maior efetividade aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que representam garantias constitucionais intransponíveis do acusado em um juízo criminal.

Entretanto, e apesar desse objetivo, no âmbito da Justiça Militar da União essa modificação foi e tem sido refutada, permanecendo o interrogatório como o primeiro ato a ser realizado na instrução do processo.

Para tanto, argumentam que citada alteração legal não abrangeu, de maneira expressa, o Código de Processo Penal Militar e, por isso, não haveria de ser utilizada no contexto da Justiça Militar, por não existir omissão na lei adjetiva castrense, que demande uma aplicação subsidiária. Invocam, ainda, o princípio da

especialidade que rege a Justiça e legislação militares, para rechaçar referida inversão.

À vista disso, tencionamos aqui explorar a possibilidade dessa inversão no âmbito dessa Justiça especializada, tendo em conta que, para aqueles, que têm o papel de salvaguardar os interesses do acusado em um processo-crime, a aplicação dessa inovação legislativa no âmbito da Justiça Militar se demonstra fundamental, em virtude de tal prática trazer uma maior efetividade aos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, beneficiando a defesa do réu, como corolário da máxima efetividade de referidas garantias constitucionais.

A escolha do tema é altamente importante, e se justifica pela enorme relevância social e acadêmica da questão nos dias atuais. Tanto é assim que as duas turmas do Supremo Tribunal Federal divergem frontalmente acerca de qual a solução a ser tomada, ou, acerca da (im)possibilidade de inversão do interrogatório no âmbito da Justiça Militar, sendo que, a partir do desenvolvimento do presente estudo, pretende-se ter uma melhor visualização acerca do assunto.

Metodologicamente, a ideia deste artigo é analisar as teorias, conceitos e argumentos que envolvem o tema, elaborando-se uma reflexão através do levantamento da legislação pertinente, e por meio da pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Por fim, é importante salientar que o trabalho de conclusão de curso foi organizado em três tópicos, apresentando-se no primeiro um breve panorama sobre os sistemas processuais penais e a respectiva relação com o interrogatório, além da análise do conceito, estrutura e natureza jurídica desse ato processual. No segundo tópico, são abordados os aspectos constitucionais que envolvem a questão, investigando-se os postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e, finalmente, a importância atinente à máxima eficácia dessas normas constitucionais. Em seguida, no terceiro tópico, apresentamos a análise da questão proposta em cotejo com os aspectos averiguados nos itens anteriores, envolvendo, nessa pesquisa, os argumentos levantados em oposição à inversão do interrogatório.

1. O ato processual do interrogatório judicial

Antes de iniciar um estudo mais detalhado do instituto do interrogatório, temos por oportuno discorrer um pouco sobre as peculiaridades e procedimentos que estruturam os sistemas processuais penais.

Essa análise inicial se constitui de suma importância, pois, e até com relativa facilidade, é perceptível que a evolução experimentada pelo ato do interrogatório no decorrer dos tempos se deve, em grande parte, ao desenvolvimento dessas estruturas que nortearam e norteiam, até hoje, as ações punitivas nos Estados soberanos¹.

A doutrina menciona basicamente a existência de três sistemas de processo penal, quais sejam o acusatório, o inquisitório e o misto². Esses sistemas processuais penais podem ser identificados a partir da observação de um princípio caracterizador, basilar, que se constitui no pilar fundamental que distingue cada um desses modelos.³

O sistema inquisitivo é aquele no qual as funções de acusação e julgamento reúnem-se em uma só pessoa, ou seja, há uma centralização do poder nas mãos do julgador, que funciona, concomitantemente, como órgão de acusação. A principal característica desse modelo é a busca pela verdade substancial, tendo, por isso, o juiz inquisidor uma ampla liberdade para produzir provas, podendo no cumprimento desse desiderato, inclusive, sacrificar os direitos e garantias individuais do acusado. E essa, pode-se dizer, é a principal crítica feita a esse sistema, justamente, na exiguidade de contraditório e de defesa, sendo o acusado tratado como objeto do processo⁴, e não como sujeito de direitos.

¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 59.

² O sistema misto, como o próprio nome deixa transparecer, se constitui na estrutura do processo penal em que se aglutinam características dos modelos inquisitório e acusatório. Nas palavras de Hélio Tornaghi, “é a encruzilhada entre as necessidades da repressão e as garantias individuais”. Esse é o sistema que, na opinião de muitos, deveria prevalecer, já que “reúne as vantagens e elimina os inconvenientes dos outros dois” (TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991).

³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

Por seu turno, o sistema acusatório, constitui-se no modelo em que há uma “nítida separação entre órgão acusador e o julgador”.⁵ Há uma perceptível separação de encargos processuais, onde a acusação fica a cargo do autor (Ministério Público), que assume todo o ônus probatório; e o julgamento a cargo de um órgão imparcial, o juiz. A principal característica desse sistema está precisamente na diferenciação dos papéis processuais, “contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial”.⁶ Percebe-se que se trata de um sistema mais garantista, na medida em que é permeado pelas garantias do contraditório e da ampla defesa, elevando o réu à condição de parte e não de simples objeto do processo.

Partindo dessas ideias iniciais, uma parcela expressiva da doutrina, embora seja notória a divergência, entende hoje que as bases de nosso sistema processual penal estão firmadas eminentemente no modelo acusatório, tendo em vista a recente estrutura adotada pela Constituição de 1988, que reconheceu diversas garantias ao acusado.

De fato, com a Constituição de 88, a alteração institucional foi profunda, tendo em conta o relevante intuito de redemocratizar o país pós-ditadura. Nesse sentido, Pacelli elucida:

Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta [...]. A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do estado.⁷

Evidentemente, com essa mudança do paradigma constitucional, uma nova forma de pensar os institutos de processo penal passou a ser exigida, e dentre esses se inclui o interrogatório. No processo de feições inquisitivas, o interrogatório

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 128.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 45.

⁷ OLIVEIRA, op. cit. p. 8.

assumia a função de meio de prova, constituindo-se no eixo central do procedimento e buscando sempre a confissão do acusado.

Nesse sentido, conforme ensina Haddad:

No sistema inquisitório, não se permitia ao acusado permanecer calado, pelo contrário, era-lhe imposta a obrigação de dizer a verdade, o que se conseguia através do juramento (...). As mesmas bases em que se fundava o dever de dizer a verdade serviam de suporte à tortura, ambos procurando a prova da infração nas declarações do acusado. No interrogatório inquisitivo, vigia o princípio *reo tenetur se accusare*, ou seja, devia o acusado confessar-se culpado. A tortura, não obstante presente no sistema acusatório, disseminou-se durante a época em que foi adotado o processo inquisitório e com ele se ligou estreitamente, a ponto de pensar ter sido este o seu berço.⁸

De outra linha, sob a égide do sistema acusatório, de feição mais garantista, o réu, sujeito passivo da relação processual, goza da possibilidade de intervir de maneira mais contundente no ato do interrogatório, sendo a ele reservado “o juízo de conveniência e oportunidade quanto à sua participação ou não no referido ato processual”⁹. Nessa perspectiva, então, o interrogatório do acusado assume um caráter preponderantemente defensivo, funcionando sobretudo como meio de defesa.

Em linhas gerais, diante dessas percepções, não pairam dúvidas de que a controvérsia sobre a natureza jurídica do interrogatório se acirra, pois, seguindo uma linha acentuadamente inquisitiva, tanto o Código de Processo Penal comum, como o Código de Processo Penal Militar inserem o interrogatório no acervo dos atos probatórios, como um meio de prova, portanto. No entanto, como dito acima, com a promulgação da nova ordem constitucional, uma nova linha foi incorporada em nossa ordem jurídica “imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório”¹⁰, redimensionando o ato do interrogatório como um legítimo meio de defesa.

⁸ HADDAD, op. cit.. p. 63.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 129.

Deste modo, diversos posicionamentos acerca da natureza jurídica do interrogatório são apontados no Brasil, sendo importante acentuar que a reflexão desse ponto se mostra necessária, pois, conhecida a essência jurídica desse ato processual, poderemos mais facilmente identificar quais as consequências que podem surgir para a defesa dentro do processo penal, notadamente no que se refere ao momento da oitiva do acusado.

1.1 O conceito e a estrutura do interrogatório

No sistema brasileiro, o interrogatório judicial do acusado é genericamente regulado no Código de Processo Penal comum, encontrando, também, normatização em outras legislações esparsas. Dentre estas, se inclui a do Código de Processo Penal Militar que, no tocante aos crimes militares definidos em lei, prevê regras próprias sobre o interrogatório do réu, embora em muito se assemelhe àquelas previstas no processo comum.¹¹

Como um dos mais importantes institutos processuais penais, esse ato pode ser visualizado como o momento em que o réu tem a oportunidade de ser ouvido pelo magistrado no curso da instrução processual. É a etapa na qual o acusado pode expor à autoridade judicial a sua versão dos fatos, buscando influir no ânimo do julgador.

Hélio Tornaghi aduz que o ato do interrogatório pode ser conceituado como a inquirição do réu, ou seja, o momento em que o réu é indagado acerca das particularidades que norteiam o fato delitivo que lhe é imputado.¹²

Para Haddad, pode-se dizer que o interrogatório é a fase do processo em que são elaboradas perguntas ao acusado, com o intuito de se obter as respostas acerca “da imputação criminal, das provas para o esclarecimento dos fatos e da vida pregressa dos interrogandos”¹³.

¹¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 73.

¹² TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 357.

¹³ *Ibidem*. p. 123.

Convergindo no mesmo sentido, Tourinho Filho entende que o ato do interrogatório é um dos mais importantes atos processuais, sendo o meio pelo qual “o juiz ouve do pretense culpado esclarecimentos sobre a imputação que lhe é feita e, ao mesmo tempo, colhe dados importantes para o seu convencimento”¹⁴.

Do cerne dos ensinamentos acima transcritos, é possível concluir que o interrogatório consiste na oportunidade franqueada ao acusado, em que este, almejando incutir no ânimo do julgador, por si próprio, revela elementos de sua personalidade e explana a sua versão dos fatos, de modo a enriquecer e facilitar a busca pela correta conclusão acerca da culpabilidade que lhe é atribuída. É o momento apropriado para o acusado clarificar o fato criminoso cuja autoria lhe é imputada e ao mesmo tempo fornecer os dados necessários para a formação da convicção do magistrado.

Do ponto de vista estrutural, pode-se dizer que o interrogatório se constitui em um dos atos mais fundamentais do processo. De acordo com o Código de Processo Penal, e seguindo também o CPPM essa mesma linha, o interrogatório do acusado se integra de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

No tocante à primeira parte, referente à pessoa do interrogando, as questões devem ser elaboradas no intuito de se detectar aspectos da personalidade do agente. Assim, a autoridade judicial deve indagar ao acusado sobre as circunstâncias de sua vida pessoal, familiar e social. Com efeito, essa etapa é de fundamental importância, pois é o momento propício para se “desvendar a personalidade do acusado, adotando-a como um dos motivos para determinar o *quantum* da pena”¹⁵.

Na segunda fase, os questionamentos devem primordialmente buscar a elucidação dos fatos. Dessa maneira, neste momento, as perguntas elaboradas devem gravitar em torno da acusação que é imputada ao interrogando, de modo a permitir a correta compreensão do evento criminoso, e todas as suas circunstâncias. Nesta etapa, a legislação traz um roteiro não obrigatório de questões. No entanto, não se mostra adequado “afastar-se totalmente do roteiro apontado pelo Código,

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 3. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 297.

¹⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 83.

sob o risco de prejudicar a defesa do acusado e impedir a extração de provas úteis ao esclarecimento dos fatos”¹⁶.

Como se percebe, essa estrutura legal do interrogatório visa efetivar a sua finalidade, ou seja, busca atender o mínimo de exigências necessárias ao esclarecimento dos antecedentes e das circunstâncias da infração. Daí a necessidade de sua observância, de modo a permitir o seu correto aproveitamento.

Note-se ainda que, partindo dessas formulações iniciais, é possível enxergar no ato do interrogatório, a princípio, duas funções em nossa ordem jurídica: a primeira como instrumento de prova, quando se presta a colher informações para o preciso esclarecimento dos fatos e, desse modo, influenciar no convencimento do magistrado; e também a de servir como meio de defesa, quando concebido como o momento oportunizado ao réu, em que este tem a possibilidade de fazer alegações defensivas, no sumo intuito de se isentar da acusação.

Assim, e em vista desses enfoques, parece correto asseverar a ideia de que as diretrizes do interrogatório necessitam estar fundamentadas na Constituição. À vista disso, então, se mostra bastante aceitável o entendimento de que a base normativa desse instituto processual deve necessariamente levar em consideração os princípios fundantes de um processo penal democrático, em especial o contraditório e a ampla defesa.

De fato, essas considerações iniciais se mostram indispensáveis, pois, como se verá adiante, a percepção da essência do ato do interrogatório é de suma importância para o estudo da tormentosa questão que envolve a natureza jurídica desse instituto. Ponto a ser tangenciado no tópico seguinte e de relevante valor para o presente trabalho.

1.2 A natureza jurídica do interrogatório: meio de prova ou de defesa?

Ante as premissas estabelecidas nos tópicos anteriores, o foco em seguida será analisar a natureza jurídica do ato do interrogatório. Se se trata efetivamente de um meio de prova, de defesa ou concomitantemente os dois.

¹⁶ Ibidem. p. 76.

Com efeito, a natureza jurídica do interrogatório é fundamentalmente orientada pelo tipo de sistema processual adotado. Como ressaltado acima, na égide do sistema inquisitivo esse ato processual é marcadamente um ato probatório, onde “o acusado era unicamente mais um objeto da prova”¹⁷. Todavia, no esteio do sistema acusatório, o interrogatório assume feições típicas de um instrumento de defesa, já que, nesse modelo, esse ato processual “é apenas a oportunidade que a lei dá ao réu para fazer alegações e citar fatos que possam exculpá-lo”¹⁸. Partindo dessas ideias iniciais, é importante deixar claro que a questão é bastante controvertida, havendo diferentes posições na doutrina e na jurisprudência.

A posição topográfica dos artigos 185 e 302, no Código de Processo Penal comum e no Código de Processo Penal Militar, respectivamente, indica que o ato do interrogatório foi inicialmente concebido como um ato probatório, o que denota, aparentemente, a sua natureza de meio de prova.

Com efeito, embora se reconheça que, atualmente, em nosso ordenamento jurídico há uma prevalência do sistema acusatório, com toda sua gama de garantias, é importante frisar que, na época em que mencionados códigos foram elaborados, preponderava, no Brasil, a orientação inquisitiva que, como já dito, enxerga o interrogatório como um mero ato probatório, a ser ponderado e examinado pelo julgador em conjunto com as demais provas.¹⁹

De fato, tendo em vista a forma como foi estruturado, parece mesmo correto afirmar que o interrogatório possui como um de seus vieses a acepção de meio de prova. Não só pelo fato de sua localização normativa, mas principalmente porque é inegável que referido ato processual tem por objetivo, também, influir no convencimento do magistrado, sendo uma de suas funções a de elucidar o fato e as suas circunstâncias, manifestando, dessa forma, sua natureza probatória.

Nas palavras de Haddad:

Não obstante seja ressaltado o aspecto defensivo para o acusado, que do interrogatório emerge, não perde ele sua qualidade de prova a influir diretamente sobre a formação do convencimento do

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

¹⁸ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 357.

¹⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97.

magistrado. Se toda prova produzida pelo acusado visa robustecer a defesa, ao juiz, toda defesa desenvolvida tende a servir-lhe de prova para a decisão. O juiz procura, neste momento da instrução criminal, obter provas, a fim de formar seu livre convencimento. O interrogatório é, pois, meio de prova para o juiz, que a colhe visando à sua persuasão racional.²⁰

Da mesma forma, Hélio Tornaghi também entende que o interrogatório pode efetivamente ser utilizado como meio de prova, pois nesse caso:

[...] o juiz pondera tudo aquilo que o réu afirma, a seu favor ou contra si. As alegações do acusado podem demonstrar alguma coisa; podem, até, convencer o juiz e, embora isto seja raro, é possível que o réu, por sua sinceridade, pela verossimilhança do que afirma, pela firmeza e convicção com que fala, consiga não deixar qualquer dúvida no espírito do julgador.²¹

Assim, a partir dessas ideias, se mostra bastante razoável a visão que vislumbra no interrogatório uma natureza probatória. Contudo, há de se considerar também a perspectiva da nova ordem constitucional que alterou as bases de nosso processo penal.

Como afirmamos anteriormente, com o advento da Carta Cidadã em 1988, houve uma ampla alteração no sistema constitucional brasileiro, sendo uma das principais consequências dessa mudança o expressivo papel de predominância reconhecido aos direitos e garantias fundamentais. Essa variação no paradigma constitucional acabou por fomentar, na égide do Direito Processual Penal, a adoção de um novo modelo de processo penal, o sistema acusatório, que, no procedimento, busca privilegiar as garantias fundamentais do acusado.

Dentre esses direitos e garantias fundamentais resguardados nessa nova estrutura constitucional, especificamente em relação aos que estão intrinsecamente ligados ao processo penal e ao interrogatório e que evidenciam o perfilamento a um modelo acusatório, podemos citar, como de maior relevância o direito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e o direito de permanecer calado.

²⁰ HADDAD, op. cit. p. 45.

²¹ TORNAGHI, op. cit. p. 357.

Nesse panorama, a leitura que se fazia do ato do interrogatório precisou e foi reformulada. Com efeito, grande parcela da doutrina, em consonância com a nova ordem constitucional, começou a enxergar nesse ato o seu viés defensivo, na medida em que ele passou a funcionar, também, como uma oportunidade dada ao acusado para exculpar-se. Assim, ganhou o interrogatório, também, no processo penal, a dimensão de meio de defesa.

Nesse sentido, lembra Amaury Silva:

A ideia de que o interrogatório seja situado como meio de defesa pessoal não é exacerbada; ao contrário, coaduna-se com a necessidade de legitimação do *jus puniendi* estatal, em que se abre um flanco de densa qualidade para, ao observar o princípio da ampla defesa, angariar subsídios à verdade aproximada ou possível no processo penal, abandonando a ficção e a paranoia da verdade real, já que para alcançá-la, não seria razoável comprometer o primado de garantias indeclináveis, numa necessária e atual leitura garantista do sistema processual penal, em simetria com a Constituição Federal vigente [...] Assim, essa locução intimista e pessoal que o acusado proclame no interrogatório deve ser entendida como possibilidade da instituição de um mecanismo de contestação, de controverter a desdita que for a imputação em seu encaixo, porque a seu favor já estarão em marcha simultânea os princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo*, publicidade e ônus da prova a cargo do acusador. Dessa maneira, pode não ser instrumento probatório o interrogatório, mas mera perspectiva de defesa, especial e pessoal pelo réu, que, a rigor já conta com o acalanto daqueles princípios, podendo se situar em posição inercial quanto à prova.²²

Na perspectiva de meio de defesa, ganha especial relevo o direito constitucional ao silêncio. À luz da Constituição de 88, cabe ao acusado decidir se responde ou não às perguntas do magistrado, podendo, obviamente, permanecer em silêncio, sem que disso resulte qualquer presunção de culpa pelo fato delituoso. Nessa situação, o interrogatório atua como uma garantia à autodefesa, o efetivo direito de ser ouvido, o que evidencia o seu caráter de meio de defesa.

Nessa linha, Tourinho Filho elucida que:

[...] Se o acusado pode calar-se, ficando o juiz obrigado a respeitá-lo o silêncio, erigido à categoria de direito fundamental, não se pode dizer seja o interrogatório um meio de prova. Por outro lado, não estando ele obrigado a acusar a si próprio, não tem nenhuma

²² SILVA, Amaury. **Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2010. pp. 20-21.

obrigação nem dever de fornecer elementos de prova. Pode o Magistrado, eventualmente, ser informado de determinadas circunstâncias que poderão auxiliá-lo na solução do caso. Mas, tal como afirmado na doutrina, se o réu tem o direito ao silêncio, o interrogatório não pode ser considerado meio de prova; do contrário, seria obrigado a responder.²³

É inegável que a exteriorização do direito ao silêncio encontra um panorama especial no contexto do interrogatório. Nesse viés, parece correto dizer, então, que a natureza defensiva que pode ter o interrogatório no processo se insere no âmbito discricionário de qual melhor estratégia de defesa a ser adotada. De fato, como instrumento defensivo, é excelente oportunidade dada ao acusado para trazer justificativas e apontar circunstâncias que possam inocentá-lo.

Nessa lógica, inclusive, merece destaque a ponderação de Pacelli quando indica as possíveis consequências de se considerar o ato processual do interrogatório como instrumento de defesa. Diz o autor:

Em primeiro lugar, permite que se reconheça, na pessoa do acusado e de seu defensor; a titularidade sobre o juízo de conveniência e a oportunidade de prestar ele (o réu), ou não prestar, o seu depoimento. E a eles caberia, então, a escolha da opção mais favorável aos interesses defensivos. E é por isso que não se pode mais falar em condução coercitiva do réu, para fins de interrogatório (...).

Em segundo lugar, impõe, como sanção, a nulidade absoluta do processo, se realizado sem que se desse ao réu a oportunidade de se submeter ao interrogatório. Haveria, no caso, manifesta violação da ampla defesa, no que se refere à manifestação da autodefesa.

Por último, a concepção do interrogatório como essencialmente um meio de defesa, com o reconhecimento do direito ao silêncio, tem por consequência a conclusão no sentido de que o não comparecimento do réu ao referido ato não poderá implicar a aplicação de quaisquer sanções processuais, daí porque inaplicável o agravamento de eventual medida cautelar imposta, a menos que se possa justificar a ausência no interrogatório como indício claro de risco à aplicação da lei penal.²⁴

Dessa forma, é perceptível que a concepção do interrogatório como meio de defesa produz uma série de repercussões jurídicas na esfera dos direitos do acusado em um processo criminal. E, de fato, isso é por demais importante, pois,

²³ TOURINHO FILHO, op. cit. p. 299.

²⁴ Ibidem. pp. 380-383.

nesse viés “o que estará em cena é o exercício de uma das várias modalidades de participação da defesa no processo, isto é, o que se estará exercendo (a autodefesa) é um dos atributos do princípio da ampla defesa”²⁵.

Para além dessa discussão teórica, é ainda significativo retratar a posição que concebe a presença de uma natureza mista no ato do interrogatório. Para essa corrente, o interrogatório é ao mesmo tempo meio de prova e meio de defesa.

De fato, a par do que foi até aqui exposto, parece correto afirmar que o interrogatório possui uma natureza híbrida, na medida em que essa perspectiva “afigura-se mais consentânea com a sua roupagem, formato e relevância no processo penal”.²⁶ Funciona esse ato processual como meio de prova quando opera como tal e é considerado pelo magistrado ao formar sua convicção. Como meio de defesa se manifesta no exato momento em que se reserva ao acusado o juízo de conveniência e oportunidade quanto à sua presença ou não a referido ato processual, sendo que da negativa de participação não pode advir qualquer prejuízo, por força de mandamento constitucional.

O fato é que, como lembra Haddad:

Sob o ponto de vista da norma, ou seja, do tratamento dado ao interrogatório pelo direito positivo, se a legislação tem conotação liberal, ressalta-se o caráter de defesa; se é conservadora, sublinha-se a prova. Antes de ser instituído o pleno direito ao silêncio em nosso ordenamento jurídico, outras circunstâncias eram consideradas para inferir se o interrogatório era meio de prova ou de defesa. Mesmo sem previsão do silêncio, podia ser ato preeminente defensivo, a exemplo da disciplina trazida pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, no qual se limitavam as perguntas a serem feitas, de modo a evitar a devassa da consciência do acusado e assegurar a defesa do mesmo, sem possibilidade de maiores comprometimentos. Mas é a previsão da faculdade de permanecer calado o sinal que faz o interrogatório viver não apenas como meio de prova. O direito ao silêncio tornou-se o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado.²⁷

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 386.

²⁶ SILVA, Amaury. **Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2010. p. 21.

²⁷ HADDAD, op. cit. p. 58.

Além do mais, no plano fático-processual, de um modo geral, as espécies defensivas são também consideradas provas²⁸, o que minimiza o problema da divergência teórica constatada tanto na doutrina, como na jurisprudência. O que interessa de fato, e se admite é que o interrogatório, independentemente da confirmação precisa de sua natureza jurídica, deve necessariamente observar as diretrizes constitucionais.

Deste modo, a partir dessas ideias desenvolvidas, é possível sustentar a visão que vislumbra o ato do interrogatório fundamentadamente inserido no cerne das prerrogativas constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Por isso, quando da realização desse ato processual, ser pertinente contemplar a perspectiva dessas importantes garantias, extraindo na máxima extensão possível as suas respectivas potencialidades normativas.

2. O devido processo legal e o processo penal

Em sociedades plurais e complexas como a nossa, a Constituição assume um expressivo papel de consagrar e efetivar os valores mais caros ao corpo social. Nesse contexto, a garantia de direitos aos indivíduos ganha especial destaque, sendo um elemento obrigatório a integrar o texto constitucional.

Tendo isso em vista, a atual carta constitucional brasileira assegura uma série de direitos e garantias fundamentais que fincam profundas raízes no fértil terreno do processo penal, de modo a influenciar toda a sua estruturação jurídica. Dentre esses direitos e garantias individuais estão – talvez as mais importantes para esse ramo do ordenamento jurídico – as do contraditório e da ampla defesa, derivantes imperativas do devido processo legal.

Na perspectiva da dogmática jurídica, pode-se dizer que o devido processo legal constitui-se em um princípio que reúne, em seu corpo, uma gama de garantias constitucionais. Por isso, é “tratado por grande parte dos autores como o princípio mãe do qual derivam todos os demais.”²⁹

Nesse sentido, Gilmar Mendes lembra que:

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 380.

²⁹ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 356.

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.³⁰

Em uma concepção mais desenvolvida do princípio do devido processo legal é possível visualizar duas perspectivas: a material (ou substantiva) e a formal (ou procedimental).

A dimensão material embasa o entendimento de que a norma jurídica deve ser substancialmente justa. Isto é, nesse prisma “a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas”.³¹

Por seu turno, na dimensão procedimental pode-se compreender que o devido processo legal busca garantir a observância de formalidades impostas pela lei. Nesse sentido, o princípio do *due process of law* apresenta-se como um mecanismo de proteção aos direitos fundamentais de liberdade e propriedade³². E é nesta perspectiva que se pode pensar sua relação com o processo penal.

O direito ao processo justo³³ é um direito de natureza processual. Ele impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva. É por essa razão que se enquadra dentro da categoria dos direitos à organização e ao procedimento. A legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais são nada mais, nada menos do que

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 600.

³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

³² Constituição da República Federativa do Brasil, Artigo 5º, Inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

³³ Os autores preferem se referir ao “direito ao processo justo”, pois entendem inadequada a locução “devido processo legal”.

concretizações do direito ao processo justo. O mesmo se passa com a atuação do Executivo e do Judiciário. A atuação da administração judiciária tem de ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo. O juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo. O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição.³⁴

É importante ressaltar a tese de que, na aplicação do direito, o juiz possui a obrigação de, ao interpretar as normas, compatibilizá-las com o direito fundamental do devido processo legal, tendo, inclusive, o dever de concretizá-lo diretamente se for o caso. Pode-se inferir que esse comando advém da própria imposição de se respeitar a hierarquia existente entre a Constituição e as normas infraconstitucionais.³⁵

Especificamente, no campo do processo penal, pode-se perceber que o princípio do *due process of law* ganha uma posição de proeminência fundamental, pois em decorrência desse, certas garantias constitucionais se perfazem indispensáveis ao acusado, o que as tornam implicações essenciais para um efetivo e regular processo criminal.

Fala-se em “devido processo penal, que examina as mesmas garantias do devido processo legal em face do processo penal”³⁶. Nesta ótica, sobressaem-se as garantias do contraditório e da ampla defesa, que delineiam contornos procedimentais fundamentais à correta configuração do devido processo legal.

2.1 O direito ao contraditório e à ampla defesa no processo penal

O processo penal, em um Estado Democrático de Direito, assim como os demais ramos do ordenamento jurídico, deve obediência aos mandamentos

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 701.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 705.

³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit., p. 44.

constitucionais. Assim, as normas integrantes desse arcabouço jurídico devem, necessariamente, estar em consonância com os princípios constitucionais que regem o exercício da função punitiva.

Nessa perspectiva, as garantias processuais que asseguram a tutela das liberdades pessoais, não apenas como proteção ao indivíduo, mas como salvaguarda de toda a sociedade, ganham particular destaque, especialmente os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com a Constituição brasileira de 1988, pode-se dizer que houve uma ampliação do direito de defesa, sendo o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, expressamente assegurados aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral.³⁷

Para Mendes, o direito de defesa não se restringe a um simples direito de participação no processo. É mais do que isso. Constitui-se em uma verdadeira “pretensão à tutela jurídica”. Sendo assim, afirma:

(...) a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: - *direito de informação* (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; - *direito de manifestação* (Recht auf Äusserung), que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; - *direito de ver seus argumentos considerados* (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft), para contemplar as razões apresentadas. É da obrigação de considerar as razões apresentadas que também deriva o dever de fundamentar as decisões (art. 93, IX, da CF/88).³⁸

O contraditório, como o próprio nome já sugere, pode ser visualizado como a garantia de manifestação do réu no processo, no sentido de contrastar e retificar posições e argumentações que lhe sejam desfavoráveis. Por outras palavras, pode-

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 498.

³⁸ Ibidem. p. 499-500.

se afirmar que o contraditório é a “ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.”³⁹

Assim, nessa linha, pode-se dizer que são componentes fundamentais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação.⁴⁰ Aliás, como destacado acima, além desses, pode-se conceber um terceiro elemento, o direito de ver seus argumentos considerados, “que traz como inequívoca consequência o dever do julgador de tomar conhecimento, bem como de considerar as argumentações da parte.”⁴¹

A ampla defesa, por seu turno, consiste no direito que tem o acusado de se defender da imputação que lhe é atribuída, da forma mais ampla possível. Assim, essa garantia assegura às partes ou interessados na administração da justiça “o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário”.⁴²

Pode-se dizer que o princípio da ampla defesa abarca uma série de outras garantias e direitos. Nessa perspectiva, localizam-se em seu bojo a defesa técnica e a autodefesa, que se constituem em garantias essenciais no processo penal. A defesa técnica, em regra exercida por um advogado, é a defesa realizada por uma pessoa que possui o necessário conhecimento técnico do Direito, ou seja, é a espécie defensiva que “é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal, para pôr de relevo seus direitos”.⁴³

Por sua vez, a autodefesa, e é essa que nos interessa, pode ser entendida como a defesa efetivada pessoalmente pelo próprio acusado, no intuito de justificar os seus atos ou mesmo demonstrar a sua inocência. Essa defesa se desdobra no direito de presença e de participação do réu no processo.⁴⁴

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 54.

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit., p. 57.

⁴¹ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. op. cit., p. 131.

⁴² Ibidem. p. 178.

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Sao Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

⁴⁴ Ibidem. p. 186.

O direito de presença “consiste no direito do réu de estar presente no ato de produção de provas a respeito do fato contra si imputado”.⁴⁵ Esse direito se justifica pelo fato de ser certa a possibilidade de o próprio réu participar de forma direta e pessoal da realização dos atos processuais, razão pela qual ele tem inequívoco direito de estar presente, tendo o Estado o dever de facilitar o exercício desse direito.⁴⁶

Por seu turno, o direito de participação do réu no processo pode ser compreendido como o direito deste de ser ouvido no decorrer da instrução processual⁴⁷, se manifestando fundamentalmente no ato do interrogatório judicial.

Em uma leitura estritamente processual, como visto, pode-se afirmar, grosso modo, que o interrogatório é o momento processual em que o acusado tem a oportunidade de ser ouvido pelo magistrado, sendo esta a ocasião adequada para oferecer a sua versão a respeito do fato da imputação.⁴⁸

Entretanto, e embora esta interpretação não esteja equivocada, partindo de uma análise mais ampla de nosso sistema normativo é de se perceber que o interrogatório, em seu atual e verdadeiro sentido, não pode mais ser concebido apenas com esta característica. Ele é mais do que isso.

Na verdade, cuida-se de um importante momento para o réu exercer plenamente o seu direito de defesa, se justificando da acusação que lhe é atribuída, expondo os motivos e razões de fato e de direito que possam legitimar sua conduta.

Dessa maneira, como consequência desse entendimento, é interessante notar que:

A ampla defesa com os segmentos orientadores da atuação técnica por advogado e autodefesa, através da proclamação do réu em interrogatório, pode suscitar nessa singularidade o confronto entre esses mecanismos, quando a atuação técnica deixar de seguir o pronunciamento direto e pessoal do acusado. Pode ser que o réu, em seu interrogatório, faça opção por uma tese defensiva centrada na negativa da autoria, enquanto o seu defensor, no desenrolar da instrução e na postulação final, assevere a incidência de uma causa de exclusão da ilicitude. Ora, só se fara ampla a defesa, se todas as

⁴⁵ Ibidem. p. 186.

⁴⁶ Ibidem. p. 187.

⁴⁷ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. op. cit., p. 186.

⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit., p. 263.

teses por ela ventiladas, mesmo entre si excludentes, mas alternativas, forem objeto de fundamentada apreciação pelo órgão julgador. Assim, imperioso que no julgamento seja abordada uma a uma todas as teses, mesmo que uma delas se concentre de modo único na defesa pessoal ou autodefesa, e não tenha sido ventilada pelo defensor na elaboração técnica.⁴⁹

De fato, é por isso que, atualmente, pode-se dizer que o interrogatório se estabelece como um dos mais importantes atos processuais a concretizar a garantia constitucional do contraditório e, de forma mais notável, a da ampla defesa, ao exprimir-se como meio de defesa pessoal do acusado. Nesse ponto de vista, a ausência do interrogatório, ou mesmo sua violação, pode ocasionar na anulação do processo, tendo em vista essa relevante característica de funcionar como uma ferramenta de efetivação de garantias constitucionais.

Nesse sentido, como lembra Lima:

[...] o interrogatório é a concretização do direito de audiência, desdobramento da autodefesa, é óbvio que o juiz deve assegurar ao acusado a possibilidade de ser ouvido [...].
[...] se o acusado estava presente, tendo-se negado o magistrado a realizar seu interrogatório, outro caminho não há senão o reconhecimento de nulidade absoluta, nos termos do art. 564, inciso III, alínea “e”, do CPP. Afinal de contas, negado o direito ao interrogatório, negou-se o exercício do direito de autodefesa, violando-se o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que assegura a todos os acusados a ampla defesa.⁵⁰

Portanto, a conclusão que se pode chegar é que o interrogatório, muito mais do que uma simples fase do processo, constitui-se em um importante mecanismo de realização das garantias do contraditório e da ampla defesa, princípios intransponíveis em um Estado Democrático de Direito. De fato, o que se espera para um devido desenvolvimento do processo é que essas garantias sejam observadas e concretizadas, haja vista serem fundamentais para o correto funcionamento de um sistema de justiça que se autodenomina democrático de direito.

2.2 A máxima efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa

⁴⁹ SILVA, Amaury. **Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2010. p. 70.

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit. p. 633.

As garantias constitucionais têm por finalidade precípua assegurar ao cidadão o exercício de direitos essencialmente previstos na Constituição. Em consequência, pode-se afirmar, com relativa segurança, que elas funcionam como mecanismos jurídicos de preservação da integridade da carta constitucional como norma suprema que regula o poder e estabelece os direitos e deveres dos cidadãos.

Nessa linha de entendimento, o exercício interpretativo dessas garantias deve se dar de uma forma tal que se assegure à norma constitucional a maior eficácia possível. Fala-se da teoria da máxima ou maior efetividade possível das garantias constitucionais, a qual conceitua que, “sempre que possível, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia”.⁵¹

A efetividade quer dizer a realização do direito no mundo dos fatos, ou seja, a materialização dos efeitos tencionados pela norma jurídica no mundo real. Diz respeito, portanto, “à pretensão de máxima realização, no plano da vida real, do programa normativo abstratamente estabelecido”.⁵² Nas palavras de Barroso⁵³, a efetividade representa a ligação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

É importante atentar para o fato de que esta teoria apresenta íntima correlação com o princípio da força normativa da Constituição, que pode ser entendido como a exigência de superioridade dos pressupostos da Constituição na resolução das questões jurídico-constitucionais, preservando, assim, sua eficácia e permanência.⁵⁴

Deste modo, Paulo Gonet esclarece que:

De alguma forma contido no princípio da máxima efetividade, fala-se no princípio da força normativa da Constituição. Com ele propõe-se que se dê prevalência aos pontos de vista que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do

⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 127.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 195.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 195.

momento, garantindo-lhe interesse atual, e, com isso, obtendo-se máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso.⁵⁵

Nessa senda ainda, é interessante salientar a visão de Ayres Britto no sentido de que o intérprete da Constituição deve dar às normas constitucionais o máximo de eficácia “que a sua formulação, linguística, a sua logicidade, a sua historia e sua teleologia permitirem”⁵⁶, tendo em conta o relevante papel dessas normas de funcionarem como instrumentos de pacificação social.

Em termos de processo penal, a aplicação de referida teoria ganha uma posição central de destaque, tendo em vista que este ramo do ordenamento jurídico lida com um dos valores mais caros ao ser humano que é a liberdade individual, direito fundamental e do qual não se pode abrir mão.

Especificamente, com relação às prerrogativas do contraditório e da ampla defesa, garantias integrantes e decorrentes para um efetivo e regular processo criminal, o entendimento não é outro senão o de que suas exegeses devem se dar de uma forma tal que se consiga extrair das respectivas plataformas normativas a máxima efetividade possível.

E de fato, baseado nessa percepção, pode-se inferir que a postergação do interrogatório para o final do processo apresenta como principal desiderato a potencialização da efetividade desse ato como meio defensivo, na medida em que essa providência amplia significativamente as possibilidades de defesa do réu, evidenciando um maior perfilhamento à exigência constitucional de se atribuir maior eficácia aos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Nessa perspectiva, pode-se, até mesmo, atribuir destaque à atuação do juiz criminal, que deve buscar concretizar, na maior amplitude possível, mencionadas garantias constitucionais, já que essas se constituem em dimensões fundamentais para um devido processo penal, sendo de importância basilar em um Estado Democrático de Direito.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 107.

⁵⁶ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 198.

Inclusive, como dito alhures, se for o caso, deve o magistrado assim agir de ofício, consolidando diretamente essa máxima efetividade, em obediência aos parâmetros estabelecidos na Constituição que assim exigem para a manutenção de sua força normativa.

3. A inversão do interrogatório nos processos penais militares de competência da Justiça Militar da União

Antes de adentrarmos especificamente no cerne da questão do interrogatório na seara do processo penal militar, faz-se necessária uma breve análise da norma que regulamenta esse instituto no campo do Código de Processo Penal comum, antes e após a alteração empreendida pela lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

Em um momento anterior à supracitada lei, o interrogatório do acusado, no contexto do Código de Processo Penal comum, era o primeiro ato a ser realizado no curso da instrução processual. Dessa maneira, o revogado art. 394 determinava ao juiz que, logo após o recebimento da denúncia ou queixa, designasse dia e hora para o interrogatório do acusado.

Como já mencionado, com as alterações realizadas em 2008, especificamente com a lei nº 11.719, o ato do interrogatório foi deslocado para o final da instrução processual. Conforme dispõe a nova redação do art. 400 do CPP:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Pode-se afirmar que a finalidade dessa modificação não foi outra, senão a de reestruturar o instituto do interrogatório em conformidade com sua natureza

intrínseca de meio de defesa e, conseqüentemente, de adequá-lo aos paradigmas constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, garantias ampliadas na Constituição de 1988, que idealizou um modelo acusatório de processo penal.⁵⁷

De fato, pode-se dizer que esse remodelamento da instrução processual prevista no Código de Processo Penal comum ampliou sobremaneira o direito de defesa do réu, na medida em que lhe permitiu o pronunciamento acerca de todas as provas produzidas, favorecendo, desse modo, uma intervenção defensiva mais eficaz, e assegurando, em última análise, uma maior efetividade às prerrogativas do contraditório e da ampla defesa.

Em um sentido condizente ao exposto, Bitencourt alerta que:

Inegavelmente, o interrogatório do acusado faz parte da instrução criminal. Por isso, parece-nos inteligente que se deixe o acusado para ser interrogado ao final da instrução criminal. O interrogatório no final da instrução exigirá mais diligência e operatividade do Juiz, na medida em que passa a integrar realmente a fase instrutória da ação penal. Porque agora, neste novo procedimento, o Juiz já terá a prova produzida, praticamente concluída, por ele mesmo colhida, não podendo, conseqüentemente, ignorá-la. Por outro lado, ninguém ignora, o interrogatório, mais que um meio de prova, constitui um meio de defesa, que deve necessariamente ser trabalhado. Na *práxis forensis* constatam-se, muitas vezes, interrogatórios absolutamente deficientes, inoperantes, desinteressados no esclarecimento dos fatos.⁵⁸

Efetivamente, parece acentuar-se que assinalada modificação do dispositivo legal supratranscrito teve por escopo maior reconhecer que, de fato, a posição do interrogatório no início da audiência e antes de ouvidas as testemunhas, não estava em total conformidade com a atual Constituição.

Assim, à luz dessas sucintas razões, é possível evidenciar de maneira clara a importância dessa modificação em nosso ordenamento jurídico.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Interrogatório deve ser o último ato do processo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/limite-penal-interrogatorio-ultimo-ato-processo>. Acesso em: 13 de out. 2016.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão – Lei 9.099, de 26.09.95: doutrina e jurisprudência**, 1997, p. 89. apud SILVA, Amaury. **Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003**. Leme: Mizuno, 2010. pp. 30-31.

No entanto, e apesar dessa observação, é preciso ressaltar que no âmbito da Justiça Militar da União essa alteração tem sido ignorada, continuando o interrogatório a ser o primeiro ato nos processos que seguem o rito da lei adjetiva castrense. Assim, é que é interessante se questionar: Será que essa alteração deveria se estender ao processo penal militar no âmbito da Justiça Militar da União? Passemos ao exame dessa questão.

3.1 A inversão do interrogatório na Justiça Militar da União

Apoiando-se nos argumentos trazidos até então, o ponto a se examinar neste tópico será estritamente a possibilidade de inversão do interrogatório do acusado nos processos penais militares de competência da Justiça Militar da União, especificamente à luz da máxima efetividade do contraditório e da ampla defesa.

O interrogatório do réu, no âmbito do Código de Processo Penal Militar, encontra previsão no art. 302, que possui a seguinte redação: “O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou prêso, antes de ouvidas as testemunhas”.

Como se percebe, de acordo com esse dispositivo, a oitiva do acusado deve ocorrer após o recebimento da denúncia, em uma estruturação normativa que bastante se assemelha ao que estabelecia o revogado art. 394 do Código de Processo Penal comum. E de fato, o rito do interrogatório foi por muito tempo equivalente nas duas leis processuais, havendo uma diferenciação somente no ano de 2008, com a modificação efetuada pela lei nº 11.719.

Essa alteração, como dito, buscou compatibilizar a lei processual penal comum com a nova ordem constitucional, tendo por objetivo implementar de forma eficaz as garantias constitucionais trazidas pela Constituição de 1988. No entanto, e apesar dessa constatação, no âmbito do processo penal militar, a lei foi omissa, não prevendo a repercussão de referida modificação no rito da lei adjetiva castrense.

Assim, e levando-se em conta essa lacuna normativa, muito se tem discutido acerca da aplicação dessa mudança no contexto da Justiça Militar da União.

O Superior Tribunal Militar, órgão de cúpula da Justiça Federal castrense, vem sustentando ser descabida a aplicação da inovação promovida pela lei nº 11.719/08 e, almejando pacificar este entendimento editou, inclusive, a Súmula nº 15, com a seguinte redação: “A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de jun 08, que passou a considerar o interrogatório como o último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União”. Nesse quadro, cabe analisar, então, os argumentos invocados em abono à tese em questão.

3.2 A regra processual do Código de Processo Penal Militar e a ausência de omissão legislativa

Em termos teóricos, um primeiro argumento que milita a favor da inaplicabilidade da mudança seria a inexistência “de omissão no CPPM que reclamasse suprimento a ser provido pela legislação processual penal comum”.⁵⁹ Nesse sentido, prevê o art. 3º do CPPM que a aplicação subsidiária da legislação processual comum dar-se-á somente com o intuito de suprir omissões na legislação castrense, desde que essa aplicação não embarace ou dificulte os objetivos do processo penal militar.⁶⁰

No caso específico do interrogatório, partindo de uma análise estritamente formal da lei, chegaríamos à conclusão de que, de fato, não há omissão a ser suprida na legislação adjetiva castrense, já que, como visto, dispõe o art. 302 o rito processual a ser seguido quando da oitiva do acusado, o que, a princípio, impediria a aplicação subsidiária da lei nº 11.719/2008.

Todavia, nesse ponto, é importante fazer uma diferenciação acerca de dois diferentes tipos de omissões legislativas que podemos encontrar em um sistema jurídico: a omissão formal e a omissão material.

⁵⁹ Superior Tribunal Militar – STM. Apelação nº 108-66.2012.7.05.0005 /PR. Relator: Min. Artur Vidigal de Oliveira. Julgado em 29/10/2013 e publicado no DJE em 12/11/2013. Disponível em: <http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=interrogat%F3rio+11.719&l=20&d=JURI&p=3&u=j&r=41&f=G§1=NOVAJURI>. Acesso em: 12 de outubro de 2016.

⁶⁰ Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; b) pela jurisprudência; c) pelos usos e costumes militares; d) pelos princípios gerais de Direito; e) pela analogia.

A omissão em seu sentido formal ou próprio é aquela que se verifica com a simples inexistência do ato normativo, ou seja, por outras palavras, caracteriza-se a omissão formal quando “o legislador não empreende a providência legislativa reclamada”⁶¹. Nessa linha, esclarece Clèmerson Clève que, “a expressão omissão formal é utilizada para indicar a falha (‘falta’) no discurso normativo decorrente do não desencadear do processo de formação da lei de integração.”⁶²

No que tange a este aspecto, pode-se dizer que não há maiores problemas, haja vista que o CPPM é expresso em fixar o procedimento a ser seguido para o interrogatório do acusado. Por outras palavras, não há omissão formal na lei adjetiva castrense com relação ao instituto processual do interrogatório do réu, que, como dito, encontra previsão em seu art. 302.

A questão, no entanto, ganha contornos mais complexos, quando se analisa a omissão a partir de sua dimensão material ou substancial.

Esta omissão é apurada mediante a verificação do conteúdo de um ato normativo, que embora existente, não se adequa satisfatoriamente aos mandamentos constitucionais. Ou seja, ao contrário da omissão formal, a omissão material “é aproveitada para indicar a falta processualmente satisfeita, mas de modo ofensivo ao conteúdo da Constituição, especialmente ao princípio da isonomia”.⁶³

Partindo desse aspecto, portanto, é possível afirmar a existência de uma omissão no Código de Processo Penal Militar, já que, embora exista formalmente uma disposição acerca do interrogatório do réu, esta mesma disposição, atualmente e a bem da verdade, não se ajusta por inteiro aos imperativos constitucionais vigentes.

Essencialmente, a omissão se caracterizaria por esvaziar, em certa medida, a efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa, refletindo negativamente, por consequência, sobre a força normativa da Constituição, de modo a mitigá-la. Nesse quadro, pode-se dizer, então, pela perspectiva da omissão

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1336.

⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 328.

⁶³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 328.

material, que, de fato, há uma lacuna normativa a ser sanada, a bem da total concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988.⁶⁴

Tendo como pressuposto essa constatação, outra questão surge a ela associada, qual seja: Quem teria a incumbência de colmatar essa lacuna normativa? Mais precisamente, poderia o Poder Judiciário, através de sua função interpretativa, integralizar o CPPM? A análise dessas questões passa necessariamente pelo que a doutrina convencionada chama de ativismo judicial.

Pode-se definir o fenômeno do ativismo judicial como a atuação proativa do Poder Judiciário, no intuito de fortalecer o sentido e alcance das normas constitucionais, transcendendo, muitas vezes, à atuação do legislador ordinário. Nesse sentido, aliás, esclarece Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário (...).⁶⁵

Dentre as críticas que se fazem a esse fenômeno, as principais dizem respeito à ausência de legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais, que possuem um corpo de membros não eleitos pelo povo; e à indevida violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que, ao assim proceder, os tribunais acabam por interferir no exercício das funções de competência dos poderes eleitos, gerando desequilíbrios institucionais que comprometem a própria subsistência do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, entre os argumentos que enaltecem uma atividade proativa do Poder Judiciário podemos destacar a posição que entende ser essa atuação um instrumento, muitas vezes indispensável, à concretização dos valores e objetivos

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1333.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, p. 06. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 de out. 2016.

previstos na Constituição. E, nesse panorama, não há como ignorar a necessidade e relevância de efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Barroso coloca que:

[...] A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.⁶⁶

Na mesma linha, igualmente entende Nucci, já na seara do processo penal, que:

A supremacia constitucional em relação à legislação infraconstitucional demanda realidade, motivo pelo qual o próprio Legislativo não está autorizado a desconsiderá-la. Por vezes, entretanto, não é o que se encontra. [...] Sob tal visão, o magistrado necessita pautar-se pelo texto constitucional e jamais pela letra da lei ordinária, dando ensejo à prevalência dos direitos e garantias fundamentais em detrimento de interesses outros, ainda que previstos, expressamente, no Código de Processo Penal.⁶⁷

Dessa forma, é possível a conclusão no sentido de que não seria razoável negar ao Poder Judiciário, essa forma de atuação, tendo em vista que essa interferência, no mais das vezes, está ligada à própria efetivação de direitos fundamentais, atividade essa, diga-se de passagem, absolutamente legítima e esperada.

A partir dessa premissa, então, no caso específico do interrogatório no âmbito da JMU, o preenchimento da apontada lacuna a ser efetivado diretamente pelos órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instância dessa mesma Justiça especializada, com a consequente aplicação subsidiária da lei nº 11.719/2008, se mostra impreterivelmente possível e necessário, haja vista o manifesto descompasso existente entre o CPPM e a Constituição de 1988.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, p. 15. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 de out. 2016.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 88.

Além do mais, é importante ressaltar que, ao assim agir, não estará o Poder Judiciário usurpando a competência constitucional do Poder Legislativo. Ao contrário, estará ele, na verdade, ampliando a opção do legislador que inicialmente mencionou apenas o procedimento comum.

3.3 A natureza especial da Justiça Militar

Outro argumento a embasar a tese da inaplicabilidade de referida alteração legislativa é o caráter especial que norteia a legislação castrense e suas regras.

Pode-se dizer que essa natureza especial advém dos objetivos que circundam a missão constitucional atribuída à Justiça Militar, que tem o papel institucional de proteger o bom funcionamento das organizações militares, organizações essas estruturadas com base na hierarquia e disciplina.

A partir dessa premissa, então, o dispositivo que rege o interrogatório no contexto do CPPM seria “uma norma especial que se sobrepõe à regra geral, dada a peculiaridade da Justiça Militar”.⁶⁸

Deve-se reconhecer que, sob certo ponto de vista, se mostra bastante louvável esse discurso com o fito de salvaguardar a especialidade dos processos penais militares, haja vista a relevância para a sociedade dos bens jurídicos tutelados nos diplomas castrenses, tais como, à guisa de exemplo, a segurança nacional e a integridade das instituições militares.

Todavia, essa análise precisa ir além.

O grande problema desse pressuposto pode-se dizer, está no fato de que ele ignora importantes princípios trazidos com a promulgação da Constituição de 1988.

Nesse sentido, teoricamente, ainda que se vislumbre a existência de um conflito normativo entre a lei nº 11.719/08 e o CPPM, não há como negar que essa aparente antinomia, no caso, deve ser resolvida não com base no critério da

⁶⁸ Superior Tribunal Militar – STM. Habeas Corpus nº 35-79.2014.7.00.0000/BA. Relator: Min. William de Oliveira Barros. Julgado em 03/04/2014 e publicado no DJE em 14/04/2014. Disponível em: <http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s2=000003579&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

especialidade, e sim se fundamentando em uma exegese que busque extrair da Constituição a máxima eficácia de suas normas, no sumo intuito de preservar, em última instância, a própria força normativa dessa carta política.

Cabe aqui trazer, a propósito, a compreensão do Ministro João Otávio de Noronha que, ao analisar a aplicabilidade de referido dispositivo legal no âmbito da Justiça Eleitoral⁶⁹, expôs:

[...] a disciplina inserida pela Lei 11.719/2008 revela-se mais consentânea com as exigências estabelecidas pelo moderno processo penal de perfil democrático, na medida em que amplia o direito à plenitude de defesa. A realização do interrogatório ao final da instrução probatória, mais do que simples exigência legislativa, traduz garantia constitucional indisponível assegurada aos denunciados, já que o acusado tem melhores condições de se defender após ter ciência das provas produzidas pela acusação.

[...]

A regra do citado dispositivo prevalece sobre o rito procedimental disciplinado no Código Eleitoral, inclusive nos processos criminais eleitorais de competência do juízo singular, por se revelar mais favorável ao acusado.⁷⁰

Nesta direção ainda, convém transcrever o seguinte trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, nos autos da Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 107.795⁷¹:

No caso ora em exame, mostra-se pertinente a invocação do critério da especialidade, pois se acham em (aparente) conflito regras legais, de caráter procedimental, inscritas no Código de Processo Penal (“lex generalis”) e no Código Eleitoral (“lex specialis”). A utilização do critério da especialidade representaria, no caso, a solução ortodoxa da antinomia de primeiro grau registrada no contexto ora em exame.

⁶⁹ Interessante notar que o Código Eleitoral também possui regramento expresso acerca do interrogatório do acusado, previsto em seu art. 359, que assim dispõe: “Art. 359. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para o depoimento pessoal do acusado, ordenando a citação deste e a notificação do Ministério Público ([Redação dada pela Lei nº 10.732, de 5.9.2003](#))”. A questão, portanto, era idêntica à discutida na seara do processo penal militar.

⁷⁰ Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 1-30.2005.6.26.0146. Relator Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 08/09/2015 e publicado em 02/12/2015. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/ExibirDadosProcessoJurisprudencia.do?nproc=130&sgcla=RESPE&comboTribunal=tse&dataDecisao=08/09/2015>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

⁷¹ Discutia-se nesse Habeas Corpus a aplicabilidade das inovações trazidas pela Lei nº 11.719 na seara da Justiça Eleitoral. O questionamento era se deveria aplicar no âmbito dessa justiça especializada o rito estabelecido nos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.719/2008, eis que “as disposições dos artigos 395 a 398 do Código de Processo Penal aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados nesse Código, incluindo-se, assim, os processos apuratórios de crimes eleitorais, ainda que o rito procedimental seja regulado por lei especial” (Relatório Min. Celso de Mello).

Ocorre, no entanto, que se invoca, no caso, um outro critério, que não o da especialidade, fundado em opção hermenêutica que se legitima em razão de se mostrar mais compatível com os postulados que informam o estatuto constitucional do direito de defesa, conferindo-lhe substância, na medida em que a nova ordem ritual definida nos arts. 396 e 396-A do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.719/2008, revela-se evidentemente mais favorável que a disciplina procedimental resultante do próprio Código Eleitoral.⁷²

Com efeito, inclusive, diante do modo como essa questão tem sido analisada no âmbito da Justiça Militar da União, a impressão que fica é que essa justificativa pode dar margem a uma temerosa interpretação de prevalência do princípio da especialidade em face de tantos outros postulados constitucionais de ordem hierarquicamente superior. Portanto, admiti-la acabaria por estimular, como resultado, a formulação de posições que subverteriam a lógica imanente de nossa ordem jurídico-constitucional, em patente violação ao Estado de Direito.

Nesse ponto, há que se ressaltar que, na verdade, são os pressupostos constitucionais que devem nortear a interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais, e não o contrário, ainda que se leve em consideração o fato de que um número expressivo de leis, incluindo o CPPM, seja anterior à novel ordem constitucional.

E como se não bastasse, é ainda perfeitamente possível asseverar a ideia de que, além de pautar-se pelo princípio da especialidade, o que é compreensível e justificado, o processo penal militar deve, concomitantemente, buscar a realização, na maior amplitude, dos princípios e garantias constitucionais. De fato, é observável que uma circunstância não exclui a outra, e sim se dirigem no mesmo sentido, buscando a correta efetivação da Justiça criminal castrense.

Em suma, parece claro que a atual regra do art. 400 do Código de Processo Penal é mais favorável ao acusado em comparação à regra insculpida no art. 302 do Código de Processo Penal Militar, à luz de nossa atual Constituição. Decerto que o interrogatório do réu como último ato da instrução processual confere uma maior

⁷² Supremo Tribunal Federal – STF. Habeas Corpus nº 107.795. Relator Min. Celso de Mello. Medida Cautelar deferida em 28/10/2011 e publicada em 07/11/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4053349>. Acesso em 18 de outubro de 2016.

efetividade aos postulados da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, garantias inarredáveis do Estado Democrático de Direito.

Por fim, é ainda importante destacar que, em nosso atual modelo de processo penal o réu se constitui efetivamente em um sujeito de direitos, sendo, portanto, legítima e esperada sua intervenção, seja para a correta elucidação do fato criminoso, seja para o pleno exercício de seu direito de defesa. Nessa significativa perspectiva, portanto, é que se avista a maior importância do interrogatório ao final do processo.

CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, buscou-se analisar, especificamente, a viabilidade da inversão do interrogatório do réu na esfera do processo penal militar de competência da Justiça Militar da União, à luz da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Longe de exaurir todos os aspectos pertinentes ao tema, o presente trabalho trouxe à tona discussões acerca de questões problemáticas, díspares e atuais, que subsistem para a reflexão crítica do assunto.

Observou-se que, com o novo arcabouço constitucional instalado com a Carta Política de 1988, uma gama de direitos e garantias fundamentais foi incorporada ao ordenamento processual penal brasileiro, sendo de se destacar a ampliação conferida às prerrogativas do contraditório e da ampla defesa.

A partir disso, viu-se a importância que ganhou o interrogatório em nosso sistema jurídico. Como sublinhado, esse ato processual passou a funcionar, também, como uma relevante engrenagem na efetivação das garantias constitucionais supramencionadas, em virtude de seu destacado viés de meio de defesa pessoal do acusado.

Sendo assim, assinalamos que em 2008, o legislador, com base nessa premissa, promoveu uma grande reforma no Código de Processo Penal comum, alterando-se a estruturação do interrogatório, que passou a ser o último ato instrutório antes da sentença.

Pôde-se perceber que, essa mudança teve o objetivo de remodelar o interrogatório de acordo com a sua natureza intrínseca de meio defensivo, amoldando-se, dessa forma, de maneira mais direta ao que dispõe o texto constitucional, ao majorar as possibilidades defensivas do acusado, em evidente esforço de efetivar, na maior amplitude possível, o contraditório e a ampla defesa do réu.

Apesar disso, viu-se que, em razão de mencionada alteração não abranger explicitamente o Código de Processo Penal Militar, a aplicação dessa inovação foi e tem sido refutada no âmbito da Justiça Militar da União, precisamente, por não haver omissão na lei adjetiva castrense que demande preenchimento pela lei de ritos comum, e em função da especialidade que norteia o regime processual penal militar.

A partir daí, procuramos particularizar e confrontar esses argumentos centrais, erigidos contra a inversão do rito do interrogatório no contexto dessa Justiça especializada.

Em relação ao primeiro argumento levantado, defendemos que, de fato, há uma lacuna normativa a ser sanada em razão de a norma prevista no CPPM, atualmente, não se adequar mais de modo satisfatório aos postulados constitucionais. Esse lapso se caracterizaria em virtude de uma omissão material da regra legal, que, em certa medida, ofende as diretrizes constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

No que tange à segunda justificativa, sustentamos que a especialidade da JMU não pode prevalecer quando em cotejo com a máxima eficácia de garantias constitucionais. Esse pretexto, além de enfraquecer a força normativa da Constituição, incentivaria pontos de vista, que revolveriam a estrutura lógica de nossa ordem jurídica, relegando as normas constitucionais a um segundo plano normativo. Além disso, enfatizamos, ainda, que a especialidade da norma adjetiva castrense não exclui a observância das normas constitucionais, devendo-se buscar a integralização desses dois vetores de forma harmônica.

Portanto, em síntese, entendemos que, em vista de nossa atual Carta Magna, o interrogatório do réu como último ato da instrução do processo é medida processual necessária, tendo em vista que protege e amplia o direito de defesa do

acusado em um processo penal, preservando, em última análise, a própria força normativa da Constituição Federal.

Concluimos, então, que essa providência se impõe nos processos penais perante a Justiça Militar da União, em homenagem à máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.⁷³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 de out. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão – Lei 9.099, de 26.09.95: doutrina e jurisprudência**, 1997, p. 89. apud SILVA, Amaury. **Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003**. Leme: Mizuno, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Decreto Lei nº 3689, de 03 de janeiro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 03 jan. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>.

⁷³ Importante salientar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 127.900, por maioria de votos, decidiu que “se aplica ao processo penal militar a exigência de realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP)”, fixando, inclusive, a orientação no sentido de que “seja aplicável a regra do CPP às instruções não encerradas nos processos de natureza penal militar e eleitoral e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial”. (STF – Habeas Corpus 127.900, relator Min. Dias Toffoli, Acórdão publicado em 03/08/2016 – Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=127900&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>) Acesso em 06/11/2016.

BRASIL. Decreto Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Rio de Janeiro, RJ, 03 jan. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107.795**, Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4053349>

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 1-30.2005.6.26.0146**, Relator Min. João Otávio de Noronha. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/ExibirDadosProcessoJurisprudencia.do?nproc=130&sgcla=RESPE&comboTribunal=tse&dataDecisao=08/09/2015>.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 108-66.2012.7.05.0005/PR**, Relator: Min. Artur Vidigal de Oliveira. Disponível em: <http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=interrogat%F3rio+11.719&l=20&d=JURI&p=3&u=j&r=41&f=G§1=NOVAJURI>.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 35-79.2014.7.00.0000/BA**, Relator: Min. William de Oliveira Barros. Disponível em: <http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s2=000003579&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI>.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Interrogatório deve ser o último ato do processo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/limite-penal-interrogatorio-ultimo-ato-processo>.

MARINONI, Luiz Guilherme *et alii*. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Amaury. **Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2010.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 3. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLETA DE DADOS GENÉTICOS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.654 DE 28 DE MAIO DE 2012

COLLECTION OF GENETIC DATA IN BRAZILIAN LAW: A CONSTITUTIONAL ANALYSIS UNDER LAW Nº. 12,654 OF MAY 28, 2012

Ana Karoline Lopes da Costa⁷⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1. Colisão de direitos fundamentais: direito à prova e o direito de resistência à prova; 2. Sobre a relativização dos direitos fundamentais e a não imposição de um Estado hipervigilante; 3. Limites e restrições à aplicação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012 e a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal frente ao reconhecimento da repercussão geral da matéria; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO

O cerne deste trabalho visa examinar como ficam os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade, assegurados pela Carta Magna, com a edição da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que trouxe a possibilidade de coleta de perfil genético (DNA) como forma de identificação criminal do indivíduo, no tocante à produção de provas. A viabilidade constitucional da execução desta medida e os limites a que ela se sujeita são igualmente essenciais para a compreensão desta conjuntura. Discutem-se, na atualidade, os limites impostos à atuação do Estado no combate à criminalidade, ante os anseios sociais por segurança pública, e o papel do Direito neste liame. Nesta conformidade, a edição do dispositivo em comento, que prevê a instituição da identificação criminal por perfil genético e a criação de bancos de dados dessa natureza, vem originando discussões que, inclusive, já chegaram ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837, acerca da constitucionalidade desta medida em face de possíveis violações de direitos fundamentais assegurados na vigente Constituição, sendo reconhecida a repercussão geral da temática em 27 de Junho de 2016. Assim, diante deste cenário uma análise aprofundada do assunto se mostra necessária para se elucidar e preservar os núcleos essenciais dos direitos fundamentais na espécie.

PALAVRA-CHAVE: Direitos Fundamentais. Perfil genético. Banco de dados. Colisão entre direitos fundamentais. Limitações. Repercussão Geral. Restrições.

ABSTRACT

⁷⁴ Acadêmica do 10º semestre do Curso de Bacharel em Direito da Escola de Direito de Brasília. Artigo apresentado como requisito para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II do Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília - EDB.

The aim of this paper is to examine how the fundamental rights of intimacy and privacy, guaranteed by the Constitution, with the publication of Law no. 12,654, on May 28, 2012, which have brought the possibility of collecting genetic profile (DNA) as form of criminal identification of the individual, regarding the production of evidence. The constitutional viability of implementing this measure and the limits to which it is subject are equally essential for understanding this situation. Currently, the limits imposed on the State's action in the fight against crime, concerning social anxieties for public safety, and the role of law in this connection are being discussed. In this sense, the edition of such device, which provides for the establishment of criminal identification by genetic profile and the creation of databases of this nature, has led to debates that have already reached the Supreme Court (STF), via Extraordinary Appeal nº 973837, on the constitutionality of this measure in the face of possible violations of fundamental rights guaranteed in the current Constitution, and acknowledging the general repercussion of the issue on June 27, 2016. Thus, this scenario asks for an in-depth analysis of the subject in order to preserve the core of fundamental rights in species.

Keywords: Fundamental Rights. Genetic profile. Database. Collision between fundamental rights. Limitations. General Repercussion. Restrictions.

INTRODUÇÃO

Em 26 de novembro de 2012 entrou em vigor a Lei nº 12.654, que instituiu a possibilidade de coleta de material genético para duas situações distintas: uma como forma de identificação criminal e a outra na execução penal de crimes hediondos ou praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa. De acordo com a nova disposição, além dos métodos tradicionais de identificação criminal do acusado, como documentos que atestem a identidade civil, ou mesmo por meio de processo datiloscópico e o fotográfico, fora permitido também a coleta de perfil genético, de maneira compulsória, ainda que durante a investigação criminal e em se tratando de suspeitos.

Após o advento da referida Lei, amplo⁷⁵ tem sido o destaque no tocante a legitimação das provas sem o consentimento do indivíduo, no caso, provas obtidas por intermédio da intervenção corporal. Desse modo, significativo se mostra a

⁷⁵ Existe um grande debate acadêmico entre autores como Aury Lopes Junior, Maria Elizabeth Queijo, Eugênio Pacelli, sobre a constitucionalidade ou não da Lei nº 12.654. O assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Recurso Extraordinário nº 973.837, e em 27 de junho de 2016, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes, que reconheceu no plenário virtual, de maneira unânime, a repercussão geral do tema sobre a coleta do DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos com o objetivo de manter banco de dados estatal com material genético, a fim de que seja decidido pela Corte Suprema se a Lei é ou não constitucional.

reflexão sobre em que medida se justifica a verdadeira desconsideração de importantes princípios que norteiam a vida do homem em sociedade, notadamente a presunção da sua inocência, ou mesmo mitigação da suas liberdades e garantias fundamentais.

A nova disposição sobre a identificação criminal fora promulgada depois de frequente pauta de debates no seio das políticas públicas dirigidas ao combate à violência, levados aos órgãos legiferantes, corroborado com o crescente e significativo número de casos pendentes de solução, em detrimento da insuficiência de provas, aliado na verdadeira impossibilidade de identificação do agente causador da lesão e, diante de inúmeros debates atuais acerca da segurança pública e do próprio combate à criminalidade.

Todavia, ainda que seja papel do Estado a concretização de respostas jurídicas ao crescente aumento da criminalidade e a busca pela realização da justiça, este é um momento que inspira cautela. Nesta abordagem, aspecto de relevante interesse que advém desta postura suporta o seguinte questionamento: em que medida a coleta de dados genéticos prevista na Lei nº 12.654, como finalidade probatória no curso de investigações, implica na violação ao direito a vida privada e a intimidade consagrados na vigente Magna Carta?

Neste sentido, o presente estudo denota-se preponderante na medida em que sejam traçados limites e restrições necessários a preservação do próprio sistema jurídico e a manutenção de condições que legitimem a conduta Estatal. Ora, a própria constitucionalidade restará maculada no caso de não se conceder observância as implicações que este dispositivo legal pode acarretar no ordenamento. De forma contrária, acabaria por declinar que o ente Estatal não possuiria limites no trato com seus cidadãos, e isto não pode ser consagrado na conservação de um Estado Democrático de Direito.

O presente tema do artigo desenvolver-se-á em três perspectivas: a primeira terá verdadeiro interesse pelos direitos colidentes, e que repercutem com a legislação em comento, e também o esboço da temática no enfoque do Supremo Tribunal Federal; na sequência será destaque a relativização dos direitos fundamentais, advindos da Constituição Federal, que se constituem como óbice

frente a extração compulsória de material genético; por derradeiro, terá o limiar com vistas a traçar limites e restrições para a coerente aplicação da legislação penal e como a jurisprudência vem enfrentando a matéria.

Com o fim de ponderar todos os pontos desta pesquisa, optou-se por uma análise de caráter dogmático, utilizando-se dos entendimentos firmados pela doutrina, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como também os próprios dispositivos legais pertinentes ao estudo da matéria.

A COLISÃO ENTRE DIREITOS: DIREITO À PROVA E O DIREITO DE RESISTÊNCIA À PROVA

Os direitos fundamentais se concretizaram, ao longo do tempo, como verdadeiros postulados essenciais à existência humana. Ainda que não possamos confundi-los com os Direitos Humanos, muito se pode encontrar de similar ou idêntico entre estes, conforme explica Alvarenga no seguinte trecho: “A diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais não está no conceito, pois ambos possuem a mesma essência e finalidade, que é de assegurar um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana”⁷⁶. Neste entendimento, a diferença entre estes se encontra na localização da norma que os disciplina⁷⁷.

Da relação entre os dois ramos do direito firmou-se, ao longo do tempo, uma quantidade de princípios caros que são concedidos ao indivíduo e, permeados por toda a coletividade, de modo que não haveria como imaginar que a própria

⁷⁶ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Conceito, objetivo e diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais**. Juris Plenum Ouro, v. 42, p. 1-16, 2015. p. 1.

⁷⁷ Em atenção aos fins de conceituação dos direitos humanos fundamentais, entende-se, aqui, serem direitos inerentes à condição humana e anteriores ao reconhecimento do direito positivo. Constituindo-se como direitos oriundos de implicações ou de resultados gerados em virtude da existência de situações de injustiça ou de agressão a bens fundamentais do ser humano. Logo, “compreendem direitos da pessoa humana, pela sua natureza, que transcendem os direitos fundamentais, em decorrência de o seu conteúdo ser dotado de uma ordem de princípios universais, válidos em todos os lugares e em todos os tempos, para todos os povos, independentemente de mera positividade. Quanto ao objetivo dos direitos humanos fundamentais, está a proteção que vai além do amparo individual das pessoas, abrangendo toda a coletividade. ”. De forma específica: “Assim sendo, no momento em que os direitos humanos são incorporados pela Constituição de um país, eles ganham o status de direitos fundamentais, haja vista que o constituinte originário é livre para eleger, em um elenco de direitos humanos, aqueles que serão constitucionalizados por um Estado ou nação. Somente a partir de então, eles serão tidos como direitos fundamentais. Logo, os direitos fundamentais têm como antecedente o reconhecimento dos direitos humanos. ” In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Conceito, objetivo e diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais**. Juris Plenum Ouro, v. 42, p. 1-16, 2015. p. 1.

existência humana seja desprovida de garantias e formas de afastar disfunções que maculem o ser social e suas múltiplas expressões. Desta feita, o respeito e atenção aos direitos humanos devem ser considerados como um postulado comum a todos os povos democráticos.

Neste sentido, passemos a uma abordagem mais aprofundada sobre os direitos fundamentais, compreendendo-se o seu conceito, a sua amplitude, como também as implicações quando da colisão entre duas garantias fundamentais, de modo a explicar, sob um viés constitucional, como o nosso ordenamento jurídico vem solucionando a matéria.

1.1 Reflexos na construção e definição dos Direitos Fundamentais na ótica Constitucional

Entre as maiores conquistas do direito constitucional contemporâneo, em boa medida, se apresenta a afirmação dos direitos fundamentais como elemento nuclear da proteção da dignidade da pessoa e confere espaço à Constituição, para que a positivasse neste documento. Acredita-se que paralelos dedicados ao reconhecimento da Carta Federativa, como a norma de mais alto interesse numa sociedade, implicaram na percepção de valores que necessitam de maior proteção jurídica para resguardar os interesses dos cidadãos.

A relevância destes valores é notória. Concretizam-se na percepção de que os mais caros valores da existência humana carecem de proteção jurídica especial, e por tal razão se encontram dispostos no documento jurídico de maior relevância do Estado: a Constituição. Ainda que se defenda que a própria sedimentação histórica permita compreender que os direitos fundamentais decorrem da existência em sociedade, há de se ter em conta que eles não são sempre os mesmos em todas as épocas, ou seja, não há vinculação temporal aos imperativos de existência destes direitos.

É importante compreender que os direitos fundamentais coexistem devido a primazia da posição que o indivíduo possui face ao Estado. Note que há uma inversão da tradicional relação entre o cidadão e o ente estatal. Conforme explica Paulo Gonet em sua obra conjunta com Gilmar Mendes, Curso de Direito

Constitucional⁷⁸, se reconhece que, muito antes dos deveres que o indivíduo tem para com o Estado, carrega direitos face ao Estado sendo atributo deste último garantir o suprimento destas garantias para melhor ordenar a vida e permitir o gozo das necessidades dos seus tutelados. Ou seja, “os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato”⁷⁹.

Cumprido destacar que já “nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado”⁸⁰. Ora, é de se imaginar que a defesa de certos direitos sejam preexistentes ao próprio ente estatal, posto que resultam da natureza humana e decorrem da própria função primeira do Estado, que lhe empresta legitimação, visto que, com já enfatizado, o Estado serve aos cidadãos e, por si só, deve dedicar-se a concatenação de esforços para assegurar o gozo de direitos básicos pelos seus tutelados.

Em maior grau pode-se acreditar que estes ideais advieram da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776⁸¹, e também da Declaração Francesa de 1789. Na certeza de que a positivação de determinados e precípuos direitos se concretizaram com a própria Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, no momento em que se positivaram os direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que ao ordenamento jurídico então vigente.

Não constitui um dos objetivos precípuos deste ensaio adentrar acerca razões para o fundamento último dos direitos fundamentais. É interessante elencar que, até mesmo, no que se fala sobre os direitos humanos, não se possui uma concepção

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos. 1992. p. 4.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.

⁸¹ Veja bem, nos moldes do Artigo 1º da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, datada de 16 de junho de 1776, proclama que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, e que quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus direitos. Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirma que o fim de toda associação política e a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Bem com o artigo 4º corrobora com este entendimento ao afirmar que o exercício dos direitos naturais de cada homem não encontra óbices ou limites senão aqueles que se dedicam as restrições extremamente necessárias para assegurar aos demais membros da sociedade civil o privilégio de gozarem de iguais direitos.

exata acerca de um postulado originário que os justifique de forma proveitosa. É possível destacar que, por muitas vezes, utilizam-se de expressões vagas e genéricas que conduzem a definições pouco úteis, ou ainda, que levem a conceitos que, de tão amplos, pouco refletem sobre si, não acarretando auxílio prático na identificação de características básicas dos direitos fundamentais.

É de interesse a construção de aspectos que permitam aferir o caráter básico das relações para com os direitos fundamentais. Certo de que não se mostra como um mero envaidecimento acadêmico e sim, por outro lado, na resolução concreta de dissídios. Estes, por sua vez, dedicam-se a identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do arcabouço jurídico presente e expresso na Constituição da República. A inexatidão é expressiva e pouco proveitosa ao ordenamento jurídico.

Subsiste relevante posição que acredita na vinculação nata dos direitos fundamentais na proteção e garantia da dignidade da pessoa humana⁸², defendendo-se assim que, a não observância a disposição acarretaria a “expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada⁸³.

Entende-se que, muito embora existam direitos formalmente protegidos no contexto dos direitos fundamentais, que não se vinculam ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda assim tal prerrogativa atua como norteadora aos típicos direitos fundamentais. Destarte, é possível dispor que a exigência a proteção da vida humana, a liberdade do indivíduo, à integridade física, aos postulados de privacidade e intimidade, bem como segurança e a dignidade encontram-se inspirados por este princípio.

Portanto, há de se afirmar que é justamente o princípio da dignidade da pessoa humana que necessita ser submetido a uma análise acurada, de forma a coibir possíveis atuações que visem o arbítrio e a injustiça no seio social, podendo-

⁸² VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos, **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra Almedina. 1987 p. 85;

⁸³ CANOTILHO. José Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra, Almedina, 1998. p. 373

se reiterar que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”⁸⁴.

Logo, a própria perspectiva histórica sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o seu valor social, reflete diretamente na concretização destes direitos ditos como fundamentais. Por tal razão encontram-se posicionamentos que visem modificar a análise, tornando-a mais objetiva e consistente, reduzindo as margens para o discernimento de pretensões que, supostamente, adequem-se as exigências desse valor, veja:

Historicamente –advoga-, os direitos humanos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos em presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou instituição serve a algum desses valores⁸⁵

Nesta mesma linha, corroborando com o autor acima referido, acrescenta José Afonso da Silva, ao dispor:

No nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive⁸⁶

Portanto, não se pode informar que subsiste uma clara afirmação acerca da natureza, definição ou postulado que rege e delimita a concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, não se pode negar a sua existência ou vinculação a alguns pontos comuns que conferem legitimidade ao seu gozo e à convergência na seara humana.

1.2 Colisão de Direitos Fundamentais

A moderna doutrina constitucional vem se dedicando a solucionar uma nova lide que trata acerca dos valores constitucionais: a colisão de direitos fundamentais.

⁸⁴ SARLET. Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 1998. p. 109

⁸⁵ SANCHÍS. Luis Pietro, **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1994. p. 88

⁸⁶ SILVA. José Alfonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 1992, p. 163-164

Tal fenômeno se dá quando duas posições protegidas como direitos fundamentais disputam a prevalência face ao adverso em uma situação jurídica específica. Neste sentido, discute-se acerca dos limites da compreensão entre os diferentes direitos que determinam a vida humana. Para tanto, a fim de elucidar melhor a matéria se faz necessário distinguir, inicialmente, as diferenças que se aponta acerca dos princípios e das regras nesta seara.

Em se tratando das regras temos que, diante da ocorrência de um fato específico, irão definir se proíbem, exigem ou permitem o desenrolar de um dado fenômeno, tendo a sua aplicação restrita pelo cunho fático vigente. Na mera hipótese de um conflito aparente entre regras, temos que a lide resolver-se-á na esfera da validade da norma jurídica, uma vez que as duas normas não podem conviver em caráter simultâneo no ordenamento jurídico⁸⁷. Entretanto, no âmbito dos direitos fundamentais, não há de se falar na esfera da validade jurídica, falar-se-á em princípios.

Os princípios, por sua vez, constituem como normas que transformam em realidade a existência de algo, de forma a melhor atender os anseios e prospecções as quais se dedicam, em estrita adequação a situação fática-jurídica. Por tal razão se diz que são “mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai”⁸⁸.

Esta característica de os princípios atuarem como verdadeiros mandados de otimização lhes revelam uma característica primordial e intrínseca que é o caráter *prima facie*. Logo “isso significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores”⁸⁹. Desse modo, infere-se que o caráter normativo dos princípios acaba sendo mitigado em favor da situação na qual se encontra, já que se busca sempre

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 184.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 184.

adaptá-lo a melhor solução possível. Todavia, é preciso que se tenha cuidado para não confundir colisão com concorrência, uma vez que, a configuração de uma e outra é diferente.

Haverá a concorrência entre direitos no justo momento em que o comportamento do indivíduo titular do direito adequa-se ao preenchimento dos pressupostos fáticos de inúmeros direitos fundamentais. Por outro lado, a colisão haverá de ocorrer quando o exercício do direito fundamental de um indivíduo for diametralmente de encontro com o exercício do direito de titular de direito diverso, conforme explica a seguinte transcrição:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.⁹⁰

Roberty Alexy⁹¹ ainda entende de forma distinta acerca desta colisão. Aduz que se deve analisar com base em dois aspectos distintos. Sob o prisma da colisão em sentido estrito e também da colisão em sentido amplo. Na hipótese de o gozo de um direito fundamental refletir negativamente sobre os direitos fundamentais de outro indivíduo, ainda que idênticos os direitos, haveria a colisão em sentido estrito. Ou seja, apresenta a colisão de direitos fundamentais entre si.

De outro modo, haveria colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, se o conflito estaria no núcleo da liberdade de opinião, cujo qual afetaria ou restringiria os direitos fundamentais de outro indivíduo, entretanto, estes se voltariam a proteção da comunidade em geral. Assim se pode notar que a hipótese de confusão entre o véu de prevalência de um princípio se configura no plano de validade, ou seja, no caso concreto e nas dimensões que ele mitigar. Note:

Os princípios possuem textura aberta, são mandados de otimização que exigem o cumprimento de algo da melhor maneira possível, logo não é identificável previamente a situação concreta que estarão sob

⁹⁰ CANOTILHO, José Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra, Almedina, 1998. p. 1.191.

⁹¹ ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes p.1.

sua égide. Tal característica faz com que não raramente estas normas entrem em colisão, todavia, os métodos clássicos de resolução de conflitos são inadequados, por não tratar, como no caso das regras, de validade ou invalidade, visto que, apenas princípios válidos podem colidir, sendo assim, não é declarando a invalidade de um princípio que será solucionado o conflito⁹².

Neste sentido, há de se compreender que:

O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens.⁹³

Contudo, é de se enfatizar a necessidade de fundamentação adequada por parte do intérprete na hora de resolver o conflito dos princípios presentes na situação fática, de modo a justificar a ponderação feita, conforme ressalta Barroso:

O intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre as normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequada a vontade da Constituição naquela situação específica.⁹⁴

Portanto, na análise do caso concreto haverá de se falar tanto sobre uma ponderação entre princípios, como também na própria cessão que haverá de existir entre um em face do outro. Isto se justifica quando nos remetemos a justa análise do plano da validade de determinado postulado em uma situação em comento que justifique a prevalência de um direito em vista da mitigação de outro.

1.3. Direito à prova e o direito de resistência à prova: um debate face ao direito à privacidade

No mínimo causa estranheza constatar que o arcabouço da legislação processual penal nos remete, necessariamente, a uma racionalidade ultrapassada e

⁹²FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2º. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000. p. 30.

⁹³SARMENTO. Daniel, **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23

⁹⁴ BARROSO. Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012. 6. Ed. rev. e atual. p.388.

que jaz impregnada de traços inquisitoriais e, até certo ponto, autoritário⁹⁵. Não se mostra difícil concluir que se deve prestigiar a possível tentativa de compatibilidade entre o texto constitucional e o texto processual penal. Para que isto se mostre viável, há de se ter em conta que a estrita observância aos princípios e garantias fundamentais aos cidadãos deve ser imperativa. João dos Passos Martins Neto acredita, em decorrência, que o próprio direito a prova seria encarado como um direito fundamental, em razão de “possuir a condição de direito subjetivo dotado de situação normal preferencial e de uma proteção maior do que a conferida ao restante dos direitos, proporcionando, dessa forma, um relevo singular no sistema jurídico”⁹⁶.

Nessa seara, pode-se definir que o direito à prova se mostra como uma garantia que deriva do próprio exercício do contraditório, extensão esta do princípio do devido processo legal. Isto pois, vê-se que “o direito fundamental à prova não possui a merecida atenção por parte da doutrina, sendo normalmente inserido em outros direitos constitucionais, com o direito de defesa, ao contraditório, ou a vedação ao uso de provas ilícitas”⁹⁷. Cândido Rangel Dinamarco dispõe nesse sentido, ao considerar que “nem a Constituição, nem a lei afirmam esse direito amplo e direto, nem existe a garantia constitucional específica e formal do direito à prova, mas ele é com absoluta segurança inferido de alguns de seus textos de amplitude mais geral”⁹⁸.

Ora, a demonstração da verdade, a indicação de fatos vistos em diversas perspectivas, bem como o revestimento factível é de suma importância para o resultado correto do provimento jurisdicional, nada menos justo do que este seja elevado ao grau de direito fundamental. As partes provam em seu benefício, com

⁹⁵É possível assim concluir ao dedicar tempo a uma mera leitura da própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Subsistem menções ao Código de Rocco, por mero exemplo. Além de contemplações que mitigam as liberdades individuais face ao interesse estatal, como afere-se de “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporanizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades (...)”. Não é possível concluir por raciocínio diverso. O trecho em destaque, que compõe o Código de Processo Penal, se mostra avesso a democracia contemporânea e exala rigor e desprezo para com o indivíduo social face aos anseios de ordem estatal.

⁹⁶ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003, p. 79

⁹⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008, p. 169-170.

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. Volume III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47-48.

vistas a conceder ao juízo meios próprios e verdadeiros para formar a convicção e dar fim a lide. É um meio para obter a pretensão posta em juízo, não se constitui como um mero dever, aproxima-se de uma faculdade. Quem deseja obter êxito, deverá provar. Assim, conclui-se que é um verdadeiro ônus, jamais obrigação. Constituindo-se assim, como um direito fundamental da sociedade brasileira.

Após ultrapassado este ponto, é interessante notar a existência de um adverso, o direito à resistência a prova, sendo justificado sobre numerosos prismas na sociedade moderna. A própria Constituição impõe inúmeros postulados que rechaçam a pretensão acusatória de submissão da defesa ao alvedrio estatal. Mesmo o direito de defesa, tanto na defesa técnica como da defesa pessoal, pode ser elencado como uma garantia que obriga a observância estrita de postulados indisponíveis e imprescindíveis ao desenrolar da controvérsia jurídica. Tendo em conta que “a vida privada é o templo sagrado do indivíduo onde ele recolhe elementos pessoais que não deseja ser relevado a quem quer que seja. É um relativo isolamento, refúgio ou esconderijo do indivíduo, um direito fundamental do ser humano”⁹⁹.

É possível acreditar, até mesmo, que se trata de uma exigência para o equilíbrio funcional entre as partes, no caso, defesa e acusação, bem como de uma acertada presunção de hipossuficiência do próprio sujeito passivo. Salvaguardar o seu íntimo é uma medida de contenção necessária para com a tutela estatal. Na medida em que se vislumbra que o sujeito passivo não possui igualdade de condições em meios suficientes e necessários para resistir à pretensão oriunda do poder estatal em face do poder técnico do acusador.

O direito de resistência à produção da prova se mostra de importante relevância na conjuntura atual, onde a defesa não mais tem logrado êxito. Embora consista como um mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, não mais ocorre o estabelecimento de regras que corroborem com uma dialética processual de igualdade entre as partes. Muito tem se falado entre o abandono da postura imparcial e a adoção de um sistema que flerta com traços inquisitoriais. Bem

⁹⁹ OLIVEIRA. Rogério Donizetti Campos de, **Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo**. Âmbito Jurídico, v. XVII, p. 6-16, 2014. p. 9.

como isso que as novas intenções da tecnologia moderna têm facilitado o controle a manipulação de dados pessoais, nesse sentido:

A evolução tecnológica torna possível uma devassa na vida íntima das pessoas. Nada obstante, na época atual, as teleobjetivas, assim como os aparelhos eletrônicos de escuta, tornam muito facilmente devassável a vida íntima das pessoas. Sem embargo, disso, sentiu-se a necessidade de proteger especificamente a imagem das pessoas, a sua vida privada, a sua intimidade.¹⁰⁰

É, em sua cristalina realidade, o debate avançado nos autos do Recurso Extraordinário de nº 973.837, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, vem demonstrando um contrassenso, na medida em que satisfaz vontade alheia aos desígnios do próprio sujeito passivo, pois adota-se postulados que refletem o anseio social de punir e punir, sem a instituição de um sistema estruturado que organize e se vincule a pretensão de defesa do acusado, isso se nos adentrarmos ao claro armazenamento do banco de dados genéticos de dezenas de cidadãos nacionais.

Ora, as informações genéticas dos indivíduos encontram proteção jurídica quando nos remetemos a vida privada. Cuida-se de traços do genoma humano que dizem respeito a cada particular caráter do indivíduo. Razão pela qual, imagina-se que o armazenamento em banco de dados, podendo ser estes dados utilizados, até mesmo, na instrução de investigações criminais, inspira cautela e cuidado. É preciso ponderar, em linhas precisas, os limites dos poderes do Estado na colheita de material biológico de suspeitos por crimes, de traçarem os perfis genéticos e, de maior ponderação, no armazenamento dessas informações e no seu conseqüente uso.

Há de se ter em mente, em decorrência do próprio princípio do devido processo legal, o direito da defesa pessoal negativa. Constituindo-se este como uma faculdade do indivíduo de recusar-se a praticar atos que entenda como prejudiciais à sua defesa, tal como o direito de calar-se, de participar de acareações, reconhecimentos, dentre outros. Não se pode coadunar com a ideia de que, num Estado Democrático de Direito, a busca pela verdade real não conheça limites e atue de forma discricionária pelo bel prazer da atividade inquisitória. A eficiência

¹⁰⁰ GUERRA, Sidney César Silva. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 48.

processual que se dedica a apuração dos fatos e responsabilidades, não deve se desvincular dos direitos e garantias fundamentais, pois caso assim se considere haveria extensa desvalorização do sistema punitivo estatal.

Ora, é de se imaginar que a persecução no processo penal tem por objetivo a apuração de responsabilidade na prática de ilícitos, os quais são atribuídos a atos violadores aos preceitos constantes na própria legislação, posto que se mostraria incoerente e contraditório que o próprio poder punitivo estatal se definisse, a seu próprio tempo, a dedicar-se a valoração de métodos contrários a própria legislação pátria. Caso assim se permitisse, haveria a formação de um Estado-Inquisidor. No tocante a coleta de material genético, a cautela se faz necessária, visto que isto se ligaria a possíveis ideais de certeza absoluta. Sendo necessário destacar que “o risco de equívocos no exame de coincidência de perfis não pode ser subestimado”¹⁰¹.

A própria averiguação da verdade real não se constitui como um valor absoluto na esfera do direito processual penal¹⁰². Acredita-se que a própria verdade constitui um óbice na própria natureza humana. Diz-se isto pois ela estaria além da faculdade humana de compreensão. Assim, “uma boa mentira, repetida centenas de vezes, acaba se tornando uma verdade e, no caso do processo penal, uma verdade real ou substancial”¹⁰³. Este postulado se justifica devido ao próprio teor do direito processual penal, conhecido como um “modo de construção do convencimento do juiz”¹⁰⁴ razão que, devido a própria limitação da natureza humana, acaba por afetar a construção e os limites deste conhecimento.

Nesta medida, optou-se pela adoção de possibilidades, probabilidades e certezas que se remetem a verdade como um ponto de interesse a ser almejado. É importante assim dispor, visto que, caso se admitisse a profunda busca pelo juízo da verdade real, estaríamos por nos sujeitar a absurdos inquisitoriais que romperiam com as garantias fundamentais asseguradas no nosso texto constitucional, justificando-os na busca por uma possível absolvição ou condenação.

¹⁰¹ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 398.

¹⁰² LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2016. 13ª Ed. p. 385.

¹⁰³ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2016. 13ª Ed. p. 385.

¹⁰⁴ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2016. 13ª Ed. p. 385.

Desta maneira, pode-se conduzir que o próprio direito à prova se identifica como um direito de proteção ao indivíduo frente à possível persecução penal do Estado que, por muitas vezes, se mostra desenfreada, garantindo a própria liberdade consagrada no âmbito constitucional. Entretanto, há de se ter em mente a temperança entre a funcionalidade e a eficácia da persecução penal e do direito fundamental em comento, qual seja o direito a privacidade, tudo com vistas a valorar os valores e princípios afrontados, tais como a intimidade e a vida particular, caso a caso, consoante dispor-se-á em tópico pertinente.

1. SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NÃO IMPOSIÇÃO A EXISTÊNCIA DE UM ESTADO HIPERVIGILANTE

Compreender as limitações que devem ser impostas, na análise de um caso concreto, em um conflito de direitos fundamentais não se mostra uma tarefa de consenso. Acerca deste ponto, há de se debruçar sobre os limites impostos a relativização e mitigação de direitos fundamentais em confronto. Desse modo, para aprofundar melhor o assunto e entender como se dará este procedimento, será adotado o posicionamento defendido por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco sobre a Teoria do Limite dos Limites, assim como, traçar-se-á nuances acerca da adoção de um Estado que vem se consolidando como hipervigilante para com as condutas de seus cidadãos.

1.1. A relatividade no âmbito dos direitos fundamentais

Como já salientado, a própria noção dos direitos fundamentais assegurados ao indivíduo reveste-se de inexcusável construção histórica. Vale dizer que os direitos tidos como fundamentais em uma época já podem não subsistir em época diversa. Consoante preconiza Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O que parece fundamental numa época

histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.¹⁰⁵

Isto se mostra relevante quando nos remetemos a outros momentos da história humana. No período compreendido entre 1789 e 1799, uma intensa agitação política e social impactou a história da França e, de forma significativa, por todo o continente europeu. Nesta época remetia-se a liberdade, a igualdade e a fraternidade como um lema regulador dos direitos postulados por aquela coletividade¹⁰⁶. Quiçá se imaginavam a conjuntura de outros direitos para a concretização da vida em sociedade, os quais hoje se mostram relevantes. Exemplos disto é a ideia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a igualdade entre os sexos, ambos consagrados na Carta da República de 1988.

A doutrina majoritária¹⁰⁷ tem se firmado no postulado de que nenhum direito pode ser declarado absoluto. Não importando se sejam fundamentais, humanos ou de natureza diversa. Afirmar que um direito é absoluto implicaria uma contradição no ordenamento jurídico. Isto pode ser afirmado na medida em que os direitos fundamentais ainda podem ser mitigados e suprimidos em casos concretos. Em princípio pela possibilidade de gerarem conflitos entre si. Também não sendo possível estabelecer, de plano, qual direito sobressairia ante a necessidade de averiguação em um caso concreto.

Entretanto, faz-se necessária acautelar-se para examinar este fenômeno jurídico. Há de se ter necessária atenção aos ditames e postulados admitidos na Constituição Federal e a sua justa adequação em face dos direitos mitigados. O Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o Direito Alemão, acolheu a análise do princípio da proporcionalidade como postulado de controle das restrições remetidas

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 5.

¹⁰⁶ Nesse sentido, de forma breve, a Revolução Francesa marcou o fim da Idade Moderna e foi um movimento social e político que ocorreu na França em 1789 e derrubou o Antigo Regime, abrindo o caminho para uma sociedade moderna com a criação do Estado democrático. Além disso, acabou influenciando diversos lugares no mundo, com os seus ideais de Liberdade, Igualdade, Fraternidade.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 342. E também MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 327.

ao ente Estatal, em face dos direitos que acompanham os seus cidadãos. Konrad Hesse acredita que:

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.¹⁰⁸

Corroborando a tese, tem-se destacado o afirmado no entendimento da Suprema Corte, *verbis*:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.¹⁰⁹

A própria convivência em sociedade implica na inaceitável cogitação de possíveis direitos absolutos, tendo em vista que a instituição do Estado Democrático de Direito pressupõe o diálogo vivo entre os valores e anseios que norteiam o homem político. Por isto, não se faz possível corroborar com o ideal de um Estado que produz direitos absolutos e imperativos, os quais, não se sujeitassem ao próprio homem.

Com base nisto, a doutrina¹¹⁰ insiste em afirmar que os direitos fundamentais se sujeitam a limitações e reprimendas oriundas, de forma expressa ou implícita, pela própria Carta da República. E ainda as classificam como reserva legal simples e

¹⁰⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

¹⁰⁹ MS 23452, Relator (a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 133. E também SILVA. José Alfonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2014, 37ª Ed. p. 111-112.

reserva legal qualificada. Na concepção de Robert Alexy¹¹¹ a primeira ocorre quando o próprio teor do texto constitucional informa que um postulado pode ser cerceado com base em legislação vindoura, restringindo assim um determinado direito. Por outro lado, a reserva legal qualificada ocorreria quando além de existir possíveis restrições avançadas em lei, também se verifique a existência de condições e situações específicas em que determinado direito possa ser cerceado.

Entretanto, deve-se ter em conta que, os direitos fundamentais permitem o regular exercício da vida humana, e que o cerceamento e as limitações de tais prerrogativas, ainda que possíveis, não devem ser ilimitadas e indiscriminadas. Faz-se necessário um cerceamento legítimo e que não seja contrário a Constituição Federal. Expressa-se, pois, verdadeira limitação à própria instituição de limites para com os direitos fundamentais.

Nesta análise, se pode acreditar que a matéria desenvolvida neste trabalho se caracteriza como sendo de reserva legal qualificada, na medida em que para o cerceamento do direito à intimidade e à vida privada, faz-se de necessário o acautelamento da situação para que se evite casos que venham a ocasionar ilegalidade.

1.2. A teoria dos limites e a sua expressão nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal

Da análise dos direitos fundamentais é possível extrair que os direitos, liberdades e garantias fundamentais são plenamente passíveis de limitação ou restrição. Entretanto, não se faz possível perder de vista que as restrições que podem ser aplicadas são limitadas. Em virtude disto, convencionou-se a chamada teoria dos limites dos limites, a qual dedica-se a balizar a ação do legislador na provável limitação de direitos e garantias individuais. Estas ponderações, as quais decorrem do próprio texto constitucional, “referem-se tanto à necessidade de

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 134.

proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”¹¹².

Tal perspectiva teve início em ordenamentos constitucionais¹¹³ que consagraram expressa proteção ao denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não é pacífico o entendimento acerca do que seria, em si e por si, o núcleo essencial de um direito fundamental. Duas teorias se dividem e enunciam os modelos básicos sobre a controvérsia. A primeira doutrina, chamada teoria absoluta, entende que “o núcleo essencial dos direitos fundamentais funciona como unidade substancial autônoma que, independente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa”¹¹⁴.

Em outra ótica, a segunda doutrina, chamada teoria relativa, acredita que o “núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objeto perseguido pela norma de caráter restritivo”¹¹⁵. Sendo que o núcleo essencial seria “aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade”¹¹⁶. Logo, haveria um juízo de ponderação a ser dedicado a análise do que seria o mínimo intocável de restrição ou mitigação a cada caso concreto. Ou seja, haveria um caráter declaratório acerca dos limites à proteção do núcleo essencial.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

¹¹³ Sendo possível citar, a título de exemplo, o que se lê no artigo 19, II, da Lei Fundamental Alemã de 1949 e também no artigo 18, III, da Constituição da República de Portugal de 1976. A primeira consiste em uma tentativa de contrapor o quase ilimitado poder do legislador na seara dos Direitos Fundamentais, visto que até meados do século passado, a proteção era aplicada mediante o princípio da legalidade da Administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei. Significando que os direitos fundamentais que eram submetidos a uma espécie de reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente exaurida pela ação do legislador. De igual forma e por razões semelhantes, a Constituição portuguesa contém dispositivo que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais.

¹¹⁴ Von Mangoldt/Franz Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., 2. Ed., 19957, art. 19, nota V 4; Ludwig Schneider, *Der Schutz des Wesengehalts von Grundrechten nach*, art. 19, II, GG, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 189 e s. Cf., sobre o assunto, também, Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 69 e Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, cit., p. 146; Herbert, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, cit., p. 321 (323). In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

¹¹⁶ Theodor Maunz, in Maunz-Durig-Herzog-Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, art. 19, II, n. 16 e s. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 212.

Ambas as teorias não se resguardam como insuscetíveis a fragilidades ou inadequações práticas. Note-se que a primeira acolhe uma noção que se mostra insuscetível de redução por parte do legislador, a qual pode converter-se em um nada jurídico, na medida em que não deixe claro a existência e a caracterização do mínimo essencial a ser protegido. A própria ideia de um núcleo central a ser protegido pressupõe a existência precisa do conteúdo desta essência a ser tutelada. Em outra ótica, a segunda teoria acaba por conceder uma exagerada flexibilização as normas fundamentais e isto ocasiona uma inevitável descaracterização dos princípios tidos como centrais no ordenamento jurídico constitucional.

A ordem constitucional brasileira, de toda sorte, não contemplou uma disciplina direta e clara acerca da proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. Os traços que fundamentam esta proteção encontram-se dispostos no texto constitucional de forma aleatória e tendem a enunciar limites ao legislador ordinário. É possível perceber que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais¹¹⁷, bem como também o próprio modelo garantista adotado pelo constituinte reforça esta ideia.

Imagina-se que a não adoção de qualquer subterfúgio para limitar o poder do afazer legislativo, tornaria insuficiente e desnecessária a consagração de alguns parâmetros como superiores a outros, como no caso dos direitos fundamentais. O excesso de poder é uma clara manifestação do legislador que oferece leis e atos baseados em sua discricionariedade que atinge a esfera das liberdades individuais, ocasionando, em muitos casos, atuação investigativa da compatibilidade da lei para com o ordenamento jurídico.

Na esfera dos direitos fundamentais, tem-se a figura da concretização dos direitos, que deve ser realizada pelo legislador em uma área discricionária de definição do direito, convencionando-se denomina-la liberdade de conformação, veja:

¹¹⁷BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Artigo 60, §4º, V.

Alguns direitos fundamentais são enunciados de forma extremamente genérica. É o caso da garantia da propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII, da CF), pois a Constituição federal nem sequer oferece uma definição de seu conteúdo. Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função, tal como faz o Código Civil em relação ao direito de propriedade. Aqui o constituinte oferece ao legislador comum um amplo poder de definição.¹¹⁸

Logo, o legislador pode especificar e delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais, admitindo-se que:

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isso significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.¹¹⁹

Registre-se que, “o conteúdo de um direito só pode ser definido após ser confrontado com os demais: não existem restrições a um direito, mas definições de até onde vai esse direito”¹²⁰. Reforça-se a ideia de que o legislador, ao restringir os direitos fundamentais, não pode ultrapassar determinados liames subjetivos, isto é, existem fronteiras as quais ele se restringe para que não esvazie o núcleo essencial de modo a evitar que os torne vazios ou inócuos. Logo, até mesmo as restrições devem ser feitas de forma a harmonizar reciprocamente e instruir a concordância prática, utilizando-se pois, da hermenêutica constitucional.

1.3. A não imposição de um Estado hipervigilante e a teoria do direito penal do inimigo

A atuação do Estado para com os seus cidadãos tem sido um tema de relevante interesse e recorrência com o passar do tempo. Nem sempre se vislumbra uma postura prudente e correta dos administradores públicos, em dedicar o respeito a garantia das liberdades civis, decorrente do Estado Democrático de Direito,

¹¹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 152.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 788.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

conduta esta conflitante com o disposto no ordenamento jurídico, com a defesa da democracia e da vida humana. Entretanto, nem sempre se denota esta assertiva.

Desde meados do século passado, surgiu uma teoria que, dentre outros postulados, justifica a mitigação de determinados direitos previstos no ordenamento jurídico. Gunter Jakobs ousou enunciar o que conhecemos como “funcionalismo sistêmico (radical) que sustenta que o Direito penal tem a função primordial de proteger a norma”¹²¹. Desta forma, apenas indiretamente, haveria a tutela de bens jurídicos fundamentais e caros a vida humana. Este postulado logrou notoriedade ao definir-se como o Direito Penal do Inimigo.

Acredita-se que os denominados “inimigos do Estado”, na ótica de Günther Jakobs¹²², seriam os criminosos de cunho econômico, os que afrontam a sociedade com horror e terror em seus atos, os agentes que praticam crimes organizados, bem como os autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Em outras palavras, poderíamos definir os inimigos do Estado como aqueles indivíduos que se afastassem das obrigações que advêm do próprio Direito, e também aos que não oferecem garantias de que sujeitar-se-ão novamente as normas da vida em sociedade.

Por sua vez, estes indivíduos estariam destituídos das garantias que apenas justificar-se-iam aos indivíduos que gozassem do Estado proeminente de pessoa humana. Ou seja, quando se coadunasse com o afastamento do Direito e com as regras da vida social, haveria a destituição do estado de pessoa, enquanto titular de garantias, direitos e obrigações. Assim sendo:

O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ainda que de modo juridicamente ordenado.¹²³

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2016. p.1.

¹²² JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ªed. Trad. André Luís Callegarie Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

¹²³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2016. p.1.

E complementa:

Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar se tratado como pessoa, senão que o Estado não deve trata-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).¹²⁴

Se argumenta que ao exorbitar os limites das regras vigentes na sociedade civil, o indivíduo está em combate em face do Estado, razão pela qual os direitos do cidadão deixam de ter sua tutela necessária no Estado Democrático de Direito. Esta conjectura implica na flexibilização de alguns preceitos importantes, tal como o próprio princípio da legalidade, na medida em que se opta por uma descrição vaga e imprecisa das legislações que versam sobre a aplicabilidade do direito penal. Também não se pode perder de vista o corte dos direitos e garantias processuais fundamentais e a própria inobservância dos princípios da ofensividade e da exteriorização do fato.

Estas considerações são importantes na medida em que, a Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012, ao instituir uma rede de bancos de perfis genéticos, não se acutelou de forma a responder e se submeter a questionamentos e garantias que se insurgem como básicas ao indivíduo. Ora, tem-se utilizado destas medidas de forma indiscriminada e, quase sempre, como primeiro artifício na persecução da prova no direito processual penal. Note que:

Depois de feita a coleta, o material do suspeito foi inserido no banco estadual. 'Fizemos a comparação, que confirmou a autoria dos quatro estupros aqui em Mato Grosso. Mas a surpresa só veio quando fizemos upload dos perfis genéticos para o Banco Nacional e constatamos que era compatível com o perfil do esturador do Amazonas', explicou a perita Ana Cristina.¹²⁵

¹²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2016. p.1.

¹²⁵ FIQUEIREDO. Taynara, **Esturador em Série é identificado pela rede integrada de bancos de perfis genéticos**. Perícia Federal, Brasília, Ano XVII, Número 37, julho de 2016, p.9.

Não é difícil notar que o uso desta rede de perfis genéticos vem sendo utilizado com o fim precípua de instrumentalizar o início do processo penal. Ignora-se que o indivíduo já se encontra no estado de réu em um processo e, assim também, em flagrante situação onde o seu direito fundamental a intimidade é inteiramente mitigado. Atente-se que esta nova legislação assume grande importância, em especial para a atuação do Ministério Público na esfera criminal.

Quando a própria autoridade policial, seja federal ou estadual, requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação, procurará dar preferência a instauração de ações penais baseadas nas provas obtidas por intermédio da rede de identificação. Ou seja, o intento de comparar os dados de perfil genético está sendo empregado como questão que vem padronizando e dando início a persecução penal.

Parece factível que em médio ou longo prazo, o compartilhamento e a comparação de informações genéticas entre os bancos de dados da União e eventuais bancos estaduais poderão gerar, seguindo a política adotada na atualidade, uma busca e hipervigilância da geração humana, podendo ser facilmente alcançada por representar a adoção de meios que supostamente reduzam problemas sociais relacionados a identificação de indivíduos e seus crimes.

Mitiga-se a utilização de outros elementos probatórios ao considerar que o banco de dados dessa natureza, representa um sucesso inenarrável na persecução penal, nem sempre adotando uma proteção máxima aos direitos individuais da pessoa atingida por tal instrumento. Nesse sentido, não se indicam as circunstâncias e as formas de identificação, apenas se instrumentaliza uma adoção que ficou a cargo dos operadores do direito. Também se delega, o exame dos possíveis prejuízos que são impostos ao acusado, devendo a análise a ser dada caso a caso.

Portanto, muito embora se admita a figura de um Estado cada vez mais presente na vida do homem, isso não se coaduna com a ideia do desprezo as liberdades e garantias consagradas no texto constitucional. Logo, não se perde de vista que o indivíduo que sofre uma acusação vem sendo tratado como inimigo do Estado. Diz-se isto na medida em que as garantias e liberdades que lhe são inatas

vem sendo extraviadas e implicando em uma Carta Magna que poderá vir a apresentar dispositivos que tenham seu núcleo essencial esvaziado.

2. LIMITES E RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012, E A ANÁLISE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ATRAVÉS DO RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837, discute a imposição da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, em face de possíveis violações de direitos fundamentais assegurados na Constituição da República de 1988, sendo reconhecida a repercussão geral da temática em 27 de junho de 2016. Opta por este julgado em virtude da centralidade que ele ocupa na discussão do cenário nacional e por abordar o tema deste trabalho no próprio objeto do reconhecimento de Repercussão Geral junto a Suprema Corte. Isto decorre devido a dualidade de interesses e a quantidade de questões suscitadas com o surgimento desta legislação, sendo imprecisos os limites e as possibilidades existentes para assegurar a proteção máxima dos direitos individuais das pessoas atingidas por tal medida.

2.1. Dos direitos individuais em face do interesse coletivo: uma análise necessária

Não é difícil notar a contradição existente na seara do ordenamento jurídico, em especial no âmbito do direito processual penal, tendo em conta que a manutenção dos direitos individuais encontra óbice quando se trata do interesse coletivo. A prevalência de um destes sobre o outro, implicaria admitir que há uma formação de processo que viola o regular Estado Democrático de Direito, e isto não deve coexistir no ordenamento.

Caso raciocínio diverso se adotasse, haveria de se concluir que na situação em que os direitos individuais fossem absolutos não se poderia cogitar da persecução penal e, de forma distinta, na hipótese de o interesse coletivo sobressair-se, não haveria igualmente justiça e sim mero sentimento de vingança pelo ente Estatal. Maria Elizabeth Queijo dispõe neste sentido ao considerar que:

Se, em dado ordenamento, sobrepõem-se, de todas as formas, interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à

prova ilimitado por parte do Estado: não há vedação de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão das provas nem restrições à valoração destas [...] Tudo se justifica em prol da busca pela verdade, que é perseguida a qualquer preço. Esta é a fórmula adotada, via de regra, nos Estados autoritários.

No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nessa ótica, nenhuma limitação dos direitos fundamentais, inclusive, ao nemutenetur se detegere.¹²⁶

Para tanto, verdadeiro desafio se propõe ao legislador no justo momento de construir a harmonia entre os elementos aparentemente distintos, cabendo a ele conseguir criar um leque de normas no qual se conciliem os dois extremos. Desta forma, o ordenamento jurídico busca ressaltar a igualdade de valoração entre as provas, de modo a evitar que uma dentre as outras se consagre com o postulado máximo para instrumentalizar a pretensão, sendo tomada como verdade absoluta, sem ao menos ter sido confrontada com as demais.

Haveria verdadeira justificativa no combate à impunidade, buscando a concretização de um lastro probatório de natureza elevada. Ao dedicar-se a instrução no fortalecimento da prova, deve se procurar certa ponderação na sua busca e adequação aos direitos assegurados ao cidadão. Neste sentido, a extração compulsória de material genético se mostra relevante, tendo em conta que, na ótica da moderna investigação criminal, podem ser de suma importância no momento de definir ou excluir a autoria de um delito.

Entretanto, as condições específicas que circundam esta espécie de produção probatória necessitam de atenção. Não é de toda nova a consciência de atribuir-se ao acusado, ainda que se trate de um mero suspeito na fase pré-processual, encargo de especial objeto para a produção de provas. Ou ainda “o ‘objeto’ do qual deve ser extraída a ‘verdade’ que funda o processo inquisitório”¹²⁷. E sim, por outro lado, a concepção de um indivíduo detentor de direitos, ou seja, o *status* de sujeito de direitos e garantias.

Ultrapassado este traço histórico, que vem acompanhando inúmeras

¹²⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal.** Editora Saraiva, 2012, 2ª edição, p. 131.

¹²⁷ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva. 2016. 13ª Ed. p. 379.

legislações processuais penais, tendentes a mitigar garantias e liberdades dos cidadãos, fundou-se um princípio construtivo do próprio direito de defesa do acusado, qual seja: o direito de não produzir prova contra si mesmo; constituindo-se, pois, como verdadeiro corolário da função garantidora da Constituição Federal.

Além de proteger o indivíduo e instrumentalizar o resguardo da dignidade da pessoa humana contra os excessos cometidos por parte do Estado na persecução penal, o princípio da não produção de provas contra si mesmo, atua, também como uma verdadeira liberdade negativa do indivíduo acusado. Logo, consiste como um traço limitador à busca pela verdade real, visto que ao acusado é garantida a produção de provas colhidas sem necessariamente a sua cooperação.

O interesse público, intrínseco ao direito persecutório penal, deve possuir limitações para que se possa pactuar com a própria noção objetivo do direito, qual seja “o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar”¹²⁸. O processo penal deve pautar-se junto a verdade material. Isto em clara oposição ao direito processual civil, cuja limitação reside na obtenção da verdade formal, fruto das provas juntadas aos autos. O próprio postulado da obtenção de provas no direito processual penal instiga à livre investigação de provas, até mesmo pelo juiz.

Nesse sentido, o juízo penal não se limita na produção probatória avençada pelas partes no processo, devendo buscar, em certa medida, a verdade real. Ainda que se dê com o possível fracasso de apenas lograr êxito no alcance da verdade possível e que se apresenta. É claro que não se deve dar vazão a possíveis arbitrariedades e condutas que violem a existência e manutenção do Estado e da própria Constituição, enquanto garantidora de direitos e liberdades individuais. Devendo mantê-la íntegra e duradouro o regime instituído, a ordem jurídica e os valores emanados da Carta Magna.

Em si, a verdade na esfera processual penal não é, necessariamente, aquela intimamente fiel e cópia exata dos fatos em consideração. Ainda que não se afirme que ela seja inexoravelmente diversa desta, a verdade é uma assertiva próxima e provável acreditada pelo julgador. Isto se faz importante ao conceber que a verdade

¹²⁸ MALUF, Sahid, **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1988, 19ª Edição. p. 17.

absoluta é, em sua natureza, inatingível. Isto devido ao próprio aspecto dos motivos determinantes e possíveis na solução de um processo, tendo em conta a sua razoável duração e a impossibilidade de prolongar-se indeterminadamente com o mero objetivo de buscar a verdade absoluta.

Veja que:

Se, de um lado do ordenamento, sobrepõe-se, de todas as formas, o interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas nem restrições à valoração destas. Não há, enfim, ilicitude da prova. Tudo se justifica em prol da busca da verdade, que é perseguida a qualquer preço. Esta é a fórmula adotada, via de regra, nos Estados autoritários. No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nesta ótica, nenhuma limitação aos direitos fundamentais, inclusive ao *Nemo Tenetur se Detegere*.¹²⁹

Assim se apresenta uma importante afirmação: quando estamos diante de um conflito de interesses entre o público e o privado, deve-se observar que, em sua essência, devemos considerar que os direitos e garantias fundamentais, que legitimam o próprio Estado. Tem-se em conta que é necessária a busca por mobilizações que tenham objetivando harmonizar o interesse público com as garantias fundamentais do indivíduo. Neste sentido: “A eficiência processual não pode prescindir dos direitos e garantias, mas deve incluí-los.”¹³⁰

2.2. O princípio da proporcionalidade

Há que se considerar que a identificação criminal por perfil genético, sob as circunstâncias atuais, tem suscitado divergências. Isto se dá, em grande maioria, devido ao argumento de que a identificação criminal por perfil genético seria uma medida violadora de princípios e direitos de ordem constitucional, quais sejam, a intimidade, a presunção de inocência, o *nemotenetur se detegere* e, até mesmo, a dignidade da pessoa humana restariam abalados, razão que culminaria na

¹²⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal.** Editora Saraiva, 2012, 2ª edição, p. 286-287.

¹³⁰ CHIAVARIO, Mario. *Garanzie individuali e deficienza del processo.* In: *Il giusto processo.* Milão: Giuffrè, 1998, p.51-77. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal.** Editora Saraiva, 2012, 2ª edição, p. 288.

inconstitucionalidade do diploma legal e sua conseqüente inaplicabilidade no ordenamento.

Apesar de tal posicionamento, não há de se perder de vista que essa a identificação contribui com “o princípio da efetividade processual, o próprio alcance da segurança e a redução da criminalidade, além de concretizar a ideia de busca pela verdade real”.¹³¹ Em se tratando deste ponto, temos um viés de constitucionalidade desejável para o texto em referência. Desta feita, necessário se faz estudo aprofundado acerca da legislação, analisando-se a sua aplicação, bem como o resultado prático que se consagra pelo uso da norma.

Para tanto, recomenda-se avaliação através do princípio da proporcionalidade na aplicação desta medida. Convém destacar que “a proporcionalidade é empregada para solucionar conflitos existentes entre dois ou mais princípios ou direitos ocupantes de um mesmo patamar jurídico”¹³². Assim, não haveria a possibilidade de exclusão de um direito em face de outro de igual hierarquia jurídica, mas apenas a prevalência de um sobre o outro, em situações específicas. Desta maneira, nunca haverá a retirada por inteiro de princípios ou normas que incidem em determinada questão.

Neste sentido, analisando-se a aplicação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, sob o princípio da proporcionalidade, o empenho de obtenção do perfil genético não representaria inicialmente possível violação aos princípios e direitos de ordem constitucional, processual penal ou de direito material penal em nosso ordenamento jurídico, se visto através da análise prévia da intensidade e dos reflexos da restrição entre os direitos fundamentais conflitantes, conforme se passa a esclarecer.

Uma ponderação que envolve a aplicação do princípio da proporcionalidade necessita considerar o interesse público na própria busca pela verdade real, levando-se em conta que “o Estado não representa um fim em si mesmo, havendo

¹³¹ AUGUSTI, Mariana. **Identificação Criminal por perfil genético (Lei nº 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para atuação do Ministério Público.** Revista Jurídica ESMP-SP, V. 7, 2015: 109-127. p. 117.

¹³² AUGUSTI, Mariana. **Identificação Criminal por perfil genético (Lei nº 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para atuação do Ministério Público.** Revista Jurídica ESMP-SP, V. 7, 2015: 109-127. p. 117.

barreiras éticas no cumprimento de sua missão de pacificação social”¹³³. Não há, pois, razão plausível para discordar de tal afirmação. Note-se que embora o Estado deva impor restrições que viabilizem a própria vida em sociedade, isso não acarreta um ilimitado poder estatal que tenha por fim destruir o interesse individual de cidadãos.

Neste diapasão, a sociedade não deve se sujeitar a padecer em face de interesses individuais, de uma parcela da sociedade. Logo, bens jurídicos individuais não devem prevalecer em contraposição a interesses e bens jurídicos de ordem coletiva e interesse público. Nesta seara, a identificação criminal através da análise de perfil genético deve subsistir, ainda que se possa cogitar possíveis reduções a direitos e princípios constitucionais. As reduções justificar-se-iam devido a necessidade de consagrar um processo penal fundado em parâmetros de justiça, integridade e legitimidade, sendo livre de máculas e vícios que possam suscitar ilegalidades.

Contribuindo-se para a construção de um ordenamento jurídico que vise o favorecimento de todos os sujeitos de um Estado Democrático de Direito é preciso que seja enfaticamente aplicado o princípio da proporcionalidade, o qual “consiste no exame de adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito”¹³⁴. Afirmando-se, desta forma, que a restrição de direitos apenas poderá ocorrer quando foram preenchidos tais requisitos e se vislumbra a supremacia de um valor maior em face de outro mitigado. Neste viés:

(...) Um meio é considerado adequado ‘quando mediante sua utilização torna-se possível lograr o resultado desejado’; é necessário (exigível) ‘quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitasse, ou que o fizesse em menor grau, o direito fundamental’ (...). A proporcionalidade em sentido estrito, a seu turno, estaria a exigir um juízo concreto de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que ‘a gravidade da lesão e a transcendência de suas razões & justificativas devem estar em adequação e proporção’ (...), a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as

¹³³ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, nº 98, set./out. 2012, p. 350.

¹³⁴ AUGUSTI, Mariana. **Identificação Criminal por perfil genético (Lei nº 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para atuação do Ministério Público**. Revista Jurídica ESMP-SP, V. 7, 2015: 109-127. p. 119.

desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido.¹³⁵

Logo, é possível compactuar com a ideia de um caráter dupla face na utilização do princípio da proporcionalidade, visando-se evitar o cometimento de excessos que podem vir a ocorrer na análise do caso concreto. Destaca-se que, em razão do interesse público, deve-se almejar a finalidade como de relevante interesse social.

Tal ideal, é possível, até mesmo, se fundamentar em razão da previsão contida no artigo 9º - A da Lei de Execução Penal, o qual permite a adequação e a relevância social, na medida em que comportam a existência de um processo penal justo, com vistas a compatibilizar a legislação no combate às mazelas sociais que circundam o mundo moderno.

2.3. Uma identificação criminal adequada e o desenvolvimento no Supremo Tribunal Federal

Após reflexões sobre o uso do princípio da proporcionalidade para submeter os direitos individuais ao interesse social e, com isso, contribuir para a existência de um processo penal pautado no Estado Democrático de Direito, passemos a algumas considerações que devem ser feitas diante da imprecisão cometida pelo legislador na elaboração da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Depreende-se do texto constitucional¹³⁶, que a identificação civil do indivíduo não será, necessariamente, objeto de exame do perfil genético.

A identificação criminal por coleta de DNA surge, conforme o inciso IV, do artigo 3º da Lei 12.037/09, da ordem de ofício ou da representação da autoridade judiciária competente, no caso de essencial às investigações policiais. Todavia, imagina-se que este dispositivo legal não supre uma necessidade de limitação e legitimação do recurso em questão, para a manutenção de um processo penal ilibado.

¹³⁵ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 161-162.

¹³⁶ Em seu artigo 5º, LVIII a Carta Magna determina que o cidadão civilmente identificado não poderá ser submetido à identificação criminal, por se tratar de ato de cunho invasivo e carecendo de necessidade no caso de já se saber os dados do indivíduo em questão.

Desta feita, é de se cogitar das mais curiosas e distintas razões para o requerimento em questão. Devido a isso, há de ser feita adequada interpretação, entendendo-se necessária a submissão aos seguintes pressupostos: a) relevância da medida adotada para o prosseguimento do processo penal; b) o caráter suplementar da medida; c) a existência de vestígios relevantes; d) a observância ao princípio da proporcionalidade; e) decisão judicial com fundamentação específica.

Num primeiro momento, “deve haver congruência, ou seja, uma relação direta entre o meio empregado e o fim a ser perseguido”¹³⁷. Isto se faz necessário na medida em que o legislador não cuidou com afinco das hipóteses de cabimento, trazendo situações genéricas e que tendem a dedicar-se a numerosas cadeias de possibilidades que englobem, até mesmo, motivos injustificados e não essenciais ao seguimento da persecução penal. Logo, o fundamento “deve ser apontado pela autoridade policial ou pelo acusador (Ministério Público), com base em características do caso concreto, e reconhecido motivadamente pelo juiz em sua decisão”.¹³⁸

Também não se pode perder de vista que, em razão de seu caráter agressivo para com o ser humano, a utilização da análise de perfil genético deve ter sua utilização pautada no caráter suplementar da medida, ou seja, não deve ser utilizada de pronto e sim como *ultima ratio* do direito processual penal, como preleciona Aury Lopes Junior, “não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal”¹³⁹. Neste sentido, não se deve permitir a utilização de exames que tracem a análise do perfil genético de cada indivíduo quando existirem meios diversos a provar o direito postulado, meios estes que atuem de forma menos invasiva na intimidade do cidadão.

Por outro lado, não se poderia também cogitar da investidura em um processo penal pautado na ausência de um arcabouço probatório mínimo, para vincular o indivíduo com o fato que se busca esclarecer. Desta forma, “a intervenção corporal

¹³⁷ KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. **La prueba de ADN em el proceso penal**. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 64

¹³⁸ VASCONCELLOS, V. G. **Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2014, Porto Alegre. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. 1. p. 1-13.

¹³⁹ LOPES JR., Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?** Boletim do IBCCrim, no 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

não deve ser utilizada como o primeiro passo em uma investigação criminal”¹⁴⁰. Susana Kappler acredita que não se admite a utilização “de forma genérica e indiscriminada, com o único objetivo de buscar um suspeito, mas este deve existir já anteriormente”¹⁴¹. Este entendimento não se constitui como inovação no sistema jurídico vigente, note que as disposições que determinam a disciplina referente às interceptações telefônicas no Brasil, traçam um viés similar, veja:

[...] a adoção de uma medida tão importante como uma análise genética nunca pode ter caráter autônomo, mas sim instrumental ou subordinado à investigação penal em curso e necessário para a averiguação de um fato punível de que existam indícios razoáveis de sua realização. A medida de análise genética não é e nem poderia ser o primeiro passo da investigação, mas sim consequência de outros que afirmem sua necessidade.¹⁴²

A própria necessidade de vinculação ao princípio da proporcionalidade ressalta a “necessidade de atenção quanto à gravidade do delito em investigação, para que se legitime uma medida invasiva, como uma coleta de material biológico e a posterior análise genética”¹⁴³. Nesta relação, depreende-se que a pesquisa do perfil genético de cada indivíduo, apenas pode ser aceita em se tratando de crime que não revele, claramente, situações de potencial ofensivo severo.

Nesta análise, acredita Maria Elizabeth Queijo no sentido de que devem subsistir “patamares que definem os crimes de menor potencial ofensivo, de modo a vedar as intervenções corporais com fins probatórios para infrações com pena máxima inferior a dois anos”¹⁴⁴. Por fim, acredita-se que de nada adiantaria a existência de tais pressupostos caso não verifica-se a vinculação à existência de uma decisão judicial especificamente motivada. Tal postulado deriva do próprio direito intrínseco vigente na Carta da República junto ao artigo 93, IX.

140 VASCONCELLOS, V. G. **Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2014, Porto Alegre. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. 1. p. 1-13.

¹⁴¹ KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. **La prueba de ADN em el proceso penal**. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 166.

¹⁴² KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. **La prueba de ADN em el proceso penal**. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 62

¹⁴³ VASCONCELLOS, V. G. **Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2014, Porto Alegre. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. 1. p. 1-13.

¹⁴⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 412.

Outras considerações podem ser objeto de interesse quando da instituição do banco de dados e a sua aplicabilidade. Como já mencionado, é possível supor, até mesmo, a possibilidade de subsistirem provas pré-constituídas em face dos indivíduos que se encontram em persecução penal. Disso resulta a possibilidade de que uma anterior coleta de material genético em crime pretérito, a qual se encontra armazenada, seja utilizada como comparação no novo delito, além é claro de ser alternativa ao Estado extrapolar a própria atividade investigatória e probatória. Note que Elizabeth Queijo dispõe no sentido de que: “é inegável que o princípio do *nemo tenetur se detegere* representa barreira à atividade investigatória e probatória ilimitada por parte do Estado”¹⁴⁵.

Nesse sentido, vale lembrar o caso de Roberta Jamilly¹⁴⁶ que foi amplamente divulgado na mídia, em meados do ano de 2002. O acontecido diz respeito a subtração, de Pedro Rosalino Braule Pinto e Aparecida Fernanda Ribeiro da Silva, em maternidades de Brasília – DF e Goiânia – GO, nos anos 1986 e 1979, respectivamente. Questionava-se a origem biológica de Pedro, o qual resolveu submeter-se a realização de análise de perfil genético para tal fim. Entretanto, Roberta Jamilly recusou-se a fornecer o material necessário para cotejo.

Por outro lado, em dado momento, Jamilly compareceu a uma unidade da polícia local na cidade de Goiânia – GO, e após prestar depoimento, ato contínuo, fumou um cigarro que, invariavelmente, estava com traços de saliva. Após o seu descarte, o material fora imediatamente coletado e enviado aos órgãos competentes para análise. Desta forma, se logrou êxito na comparação entre os indivíduos e se pode concluir, por exclusão, a inexistência de parentesco genético entre estes indivíduos. Nesse caso, inexistiu o pedido de consentimento da interessada, em virtude de o material colhido para análise ter sido descartado e coletado em local público. Além de que, não se pode imaginar que tal ato representou invasividade para com Roberta.

¹⁴⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 344.

¹⁴⁶ TÚLIO, Silvio. **Sequestradora de Pedrinho causa tumulto ao levar criança a Cais**. G1 Goiás. 7 de outubro de 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/10/sequestradora-de-pedrinho-causa-tumulto-ao-levar-crianca-cais.html>>. Acesso em 28 nov 2016.

Concordando com esta linha de pensamento, dispõe Pacelli¹⁴⁷ que não haveria problema na escolha dos objetos de prova admitidos por lei, ou seja, a dispensa por mera liberalidade não consubstancia irregularidades. Não se pode perder de vista que a previsão legal e taxativa se faz necessária. Na proporção em que não se deve deixar à mera interpretação do agente a liberalidade para tal procedimento. “É preciso que se cuide de infração penal para cuja comprovação o exame pericial técnico seja efetivamente necessário, quer pela complexidade do crime”¹⁴⁸. Isto se evidencia devido ao receio de que as investigações criminais, apenas se limitem a mera identificação do perfil genético e não, de outro lado, quando efetivamente se justifique esta medida.

Vale notar a predileção por conferir caráter excepcional à medida, a qual deve apenas ser utilizada quando da existência de ordem judicial fundamentada, consoante dispõe o artigo 3º, IV da Lei nº 12.037/09, com redação dada pela Lei nº 12.654/12. E também acreditando que “os meios de coleta deverão respeitar a proibição de ingerências abusivas e desnecessárias”¹⁴⁹. Um caso de interesse fora o vivenciado por Glória de Los Angeles Treviño Ruiz¹⁵⁰, quando do desenrolar de seu processo de extradição. Durante sua custódia pela Polícia Federal, a extraditanda fora surpreendida por um período gestacional sob alegações de ser fruto de um estupro carcerário.

Desejando provarem sua inocência, inúmeros indivíduos suspeitos forneceram material genético para que fosse possível realizar exames indicativos de paternidade. Entretanto, Glória se recusou a fornecer material genético de sua placenta. Isto justificou o pedido de ordem judicial para obrigá-la a fornecê-lo. Em sede de Reclamação Constitucional¹⁵¹, Glória, a reclamante, aduziu violação de seu direito constitucional à intimidade, privacidade e personalidade. Em sede de liminar

¹⁴⁷ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 389.

¹⁴⁸ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 397.

¹⁴⁹ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 397.

¹⁵⁰ Ext 783, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2000, DJ 05-10-2001 PP-00039 EMENT VOL-02046-01 PP-00005.

¹⁵¹ Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129.

houve o deferimento do pedido de coleta, identificação e armazenamento. No mérito restou decidido que:

Ao contrário do que é natural imaginar, não há qualquer óbice ao exercício de um direito fundamental de determinada pessoa por parte do exercício de outro direito também fundamental por parte de pessoa diversa. Ora, se por um lado há o direito de privacidade e intimidade do nascituro, há também o direito de que ele possa ter conhecimento de sua real identidade genética.¹⁵²

Entretanto, nota-se que o entendimento do tratamento de dados se constitui como um encargo extremamente relevante, o qual vem tomando forma no processo legislativo brasileiro. Na medida em que adquirem informações sensíveis dos cidadãos por estes tutelados, o Estado deve inspirar cautela com tais dados. Neste sentido, o Projeto de Lei de nº 5.276¹⁵³, de Junho de 2016, versa sobre a proteção aos dados pessoais coletados e instrui a criação de instrumentos para a proteção da intimidade e privacidade. Este projeto elenca ditames rígidos a serem seguidos pela Administração Pública quando do manuseio das informações e dados por eles coletados e pode se mostrar como um instrumento útil que viabilize a melhor aplicação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.

Desta forma, acredita-se também na necessidade de se harmonizar os interesses estatais com as limitações avançadas na Constituição Federal, todas com o fim de suprir a produção de provas desejadas. Não se lança a ideia de que as atividades periciais e policiais se dediquem a montar vistosas operações, com o objetivo de colher material genético desprezado pelo indivíduo ao longo do dia. Mas, por outro lado, postula-se que a prova seja obtida por meios que demonstrem menor grau de invasividade e gravosidade, e que o indivíduo tenha a menor participação possível neste aspecto.

¹⁵² CARVALHO. Luis Cesar Cardoso, **A utilização de exames de DNA como forma de garantia de direitos fundamentais no processo penal**. Brasília: Universidade de Brasília. 2014. p. 75.

¹⁵³ Brasil. Projeto de Lei nº 5.276, de Junho de 2016. Câmara dos Deputados. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E335375047559C696F4BD364F8A679F3.proposicoesWebExterno2?codteor=1457459&filename=Tramitacao-PL+5276/2016>. Acesso em 27 nov 2016.

CONCLUSÃO

Não se faz desarrazoado imaginar que a nova técnica de identificação criminal constitui-se como detentora de múltiplos benefícios, em especial no contexto da organização coletiva e do interesse eminentemente público. Entretanto, não se pode perder de vista que a legislação em comento apresenta alguns pontos controvertidos e que obstam sua aplicação efetiva, não se afirmando, contudo, que o referido diploma legal padece de inconstitucionalidade.

Tendo isto em mente, há de se imaginar que alterações em seu texto legal devem ser realizadas com o objetivo de sanar possíveis máculas e adequar o proposto pela legislação em foco, com os ideais de mínima ofensividade aos direitos e garantias individuais. Neste sentido, se reconhece que a Lei nº 12.654/2012, é compatível com os postulados avançados na Constituição e desejáveis ao ordenamento jurídico em si. Todavia, carecem de maiores detalhes acerca da sua aplicação no mundo fático e a adoção de medidas necessárias se tornam de relevante interesse.

Desta forma, há de se ressaltar a existência de pontos merecedores de maior elucidação. Entretanto, mediante a criação e adoção de mecanismos adequados, acredita-se que a aplicação e a coexistência da nova prática de identificação criminal, no ordenamento jurídico, são plenamente possíveis e desejáveis, desde que procedidas do processo legislativo próprio. Acredita-se que argumentos que impliquem na possível inconstitucionalidade da norma em razão de possíveis violações a princípios, devem ser precedidos de interpretações finalísticas.

Acredita-se que os princípios devem ser avançados para a proteção da dignidade da pessoa humana e de suas prerrogativas, tais como a integridade física e psicológica, bem como a própria capacidade de determinação e ao direito efetivo de não ser obrigado a depor contra si mesmo. Entretanto, devem ser compatibilizados com suas finalidades. Não devendo se falar em inconstitucionalidade da medida quando de seu uso como ultima finalidade e no bojo da investigação criminal, naqueles casos em que se fala em um conjunto probatório existente, mas ainda insuficiente para justificar uma condenação.

É destaque, por exemplo, a imprecisão adotada para definir as hipóteses de possível coleta de materiais genéticos, e também o próprio prazo da sua guarda junto a administração pública. Não se pode esquecer o próprio acesso e restrições a esses dados, de modo a evitar que sejam permitidas condutas arbitrárias na obtenção destas informações e, em ato contínuo, se protejam os direitos e garantias individuais das pessoas eventualmente atingidas por esta medida. De outra sorte, não se procede a uma justificação de manutenção indefinida de seu registro genético em bancos de dados.

Imagina-se que, isto desvirtuaria a natureza probatória em determinado procedimento penal, cujo qual justificou essa extraordinária medida. Na razão em que consubstanciariam o interesse do Estado em manter tais registros para possíveis manipulações das informações ali compreendidas. E também, sob o prisma de aumentar o processo de seleção de condutas na esfera do Direito Penal, legitimando a utilização desta prática com indivíduos e perfis específicos de agentes criminosos. Ainda mais quando este dado perdurar de forma indefinida no tempo, parecendo maculado de inconstitucionalidade, podendo suscitar, até mesmo, o caráter perpétuo dessa imposição penal.

Sendo tais máximas estabelecidas, convir-se-á que a nova técnica se inscreva no ordenamento jurídico de forma a compatibilizar-se com ele. Isto pois, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, demonstra que a redução de determinados direitos individuais em face do interesse coletivo, se mostra uma medida plenamente possível. Assumindo pois, maior relevância, a própria aplicação do princípio da proporcionalidade garante a efetiva aplicação do dispositivo legal, sem violar postulados norteadores do ordenamento em vigor. Portanto, na hipótese de utilização correta deste, ergue-se uma importante ferramenta para a própria manutenção de direitos fundamentais oriundos da Carta da República vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Conceito, objetivo e diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais**. Juris Plenum Ouro, v. 42, p. 1-16, 2015.

AUGUSTI, Mariana. **Identificação Criminal por perfil genético (Lei nº 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para atuação do Ministério Público**. Revista Jurídica ESMP-SP, V. 7, 2015: 109-127.

BARROSO. Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012. 6. Ed. rev. e atual.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos. 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Artigo 60, §4º, V.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação nº 783**, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2000, DJ 05-10-2001 PP-00039 EMENT VOL-02046-01 PP-00005.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452**, Relator (a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 2.040**, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129.

CARVALHO. Luis Cesar Cardoso, **A utilização de exames de DNA como forma de garantia de direitos fundamentais no processo penal**. Brasília: Universidade de Brasília. 2014.

CANOTILHO. José Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra, Almedina, 1998.

_____ **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008, p. 169-170.

CHIAVARIO, Mario. Garanzie individuali e defficienza del processo. In: Il giusto processo. Milão: Giuffrè, 1998, p.51-77. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal**. Editora Saraiva, 2012, 2ª edição.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. Volume III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2º. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FIQUEIREDO. Taynara, **Estuprador em Série é identificado pela rede integrada de bancos de perfis genéticos**. Perícia Federal, Brasília, Ano XVII, Número 37, julho de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Sidney César Silva. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ªed. Trad. André Luís Callegarie Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. **La prueba de ADN em el proceso penal**. Granada: Editorial Comares, 2008.

LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**. 13ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2016.

LOPES JR., Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?** Boletim do IBCCrim, no 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, nº 98, set./out. 2012.

MALUF. Sahid, **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1988, 19ª Edição.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013.

OLIVEIRA. Rogério Donizetti Campos de, **Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo**. *Âmbito Jurídico*, v. XVII, p. 6-16, 2014.

SANCHÍS. Luis Pietro, **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1994.

SARLET. Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 1998.

SARMENTO. Daniel, **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA. José Alfonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 1992.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal**. Editora Saraiva, 2012, 2ª edição.

Theodor Maunz, in Maunz-Durig-Herzog-Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, art. 19, II, n. 16 e s. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TÜLIO, Silvio. **Sequestradora de Pedrinho causa tumulto ao levar criança a Cais**. G1 Goiás. 7 de outubro de 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/10/sequestradora-de-pedrinho-causa-tumulto-ao-levar-crianca-cais.html>>. Acesso em 28 nov 2016.

VASCONCELLOS, V. G. **Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2014, Porto Alegre. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. 1.

VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos, **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra Almedina. 1987.

Von Mangoldt/Franz Klein, **Das Bonner Grundgesetz**, cit., 2. Ed., 19957, art. 19, nota V 4; Ludwig Schneider, **Der Schutz des Wesengehalts von Grundrechten nach**, art. 19, II, GG, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 189 e s. Cf., sobre o assunto, também, Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 69 e Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, cit., p. 146; Herbert, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, cit., p. 321 (323). Objeto de citação em MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

O REFORÇO POSITIVO COMO INDUTOR DE COMPORTAMENTOS NA SOCIEDADE

Bernardo de Almeida Tannuri Laferté

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Comportamento Modelado por Consequências e os esquemas de Reforço e Punição da Psicologia Comportamental; 2. O Direito, a Norma Jurídica, a Sanção e o Controle Social; 3. O Comportamento modela por Punição e a efetividade sobre o comportamento humano; 4. O Ordenamento Jurídico e o Direito Reforçador; 5. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo acadêmico tem viés jurídico, mas abusa de conceitos e da teoria da psicologia comportamental para questionar a ferramenta usada pelo Direito ao longo de sua história. O Direito busca a pacificação social por meio de comandos legislativos direcionados a todos os membros de uma sociedade. Entretanto, esses comandos contam majoritariamente com a previsão de uma sanção, com a finalidade de coagir os membros da sociedade a cumprir o comando legal. Questiona-se, utilizando-se da ciência do comportamento, se seria mais efetivo controlar o comportamento da sociedade por intermédio de sanções premiaias, em substituição à típica sanção do Direito.

Palavras-chave: função promocional do Direito; técnicas de encorajamento; sanção positiva; reforço positivo; psicologia comportamental; behaviorismo.

ABSTRACT: This academic article has legal bias, but abuse of concepts and behavioral psychology theory to question the tool used by law throughout its history. The law seeks social peace through legislative commands directed to all members of a society. However, these commands come mostly with the prediction of a penalty, for the purpose of coercing the members of the society to behave as the law prescribes. We question, with the use of the Behavioral Science, if it would be more effective control society's behavior through the use of positive sanctions, in place of the typical penalty of law.

Keywords: promotional function of law; techniques of encouragement; positive sanction; positive reinforcement; behavioral psychology; behaviorism.

Uma vez que a lei é um importante instrumento de controle dos agentes governamentais a fim de promover novas práticas culturais ou manter as já existentes, o exame dessas codificações, por analistas do comportamento, é um meio valioso para a compreensão do comportamento de grandes grupos e agências de controle.

Sem uma tecnologia do comportamento eficiente, as técnicas de controle empregadas usualmente não alcançam seus objetivos, ou estes mesmo objetivos são descritos de forma excessivamente vaga. Isso é verdadeiro tanto em relação às democracias quanto aos regimes totalitários.

João Cláudio Todorov

INTRODUÇÃO

A Psicologia, como saber científico, detém inúmeros mecanismos e ferramentas capazes de explicar a origem e as causas do comportamento humano. Dentre os seus campos de conhecimento, a Análise do Comportamento – a Ciência Comportamental – oferece um vasto conhecimento sobre as causas que desencadeiam comportamentos e, mais importante, oferece um receituário (SIDMAN, 2010, p. 273; BAUM, 2006, p. 87) capaz de criar, de alterar, de manter, de extinguir ou de estimular um devido comportamento.

O Direito, como campo de saber, objetiva alcançar a pacificação social e, para isso, opera por intermédio de leis e comandos normativos, dirigidos a todos os integrantes da sociedade, sem distinção. Para tornar a orientação comportamental coercitiva, o Direito inclui uma sanção (SABADELL, 2013, p. 139; SKINNER, 2003, p. 367; NINO, 2010, p. 94; AGUIAR, 2016, p. 10) para o sujeito que não se comportar da maneira por ele desejada.

Acontece que elaborar leis com previsão punitiva por vezes não tem a efetividade desejada. Veja-se, por exemplo, a quantidade de motoristas que frequentemente ultrapassa o limite máximo de velocidade permitida das vias públicas, mesmo sujeito a multa e a outras sanções administrativas, como os pontos na carta de habilitação e a possibilidade de suspensão da mesma para dirigir.

Sabendo disso, e como preconiza a Ciência do Comportamento, busca-se aqui a análise do Reforço Positivo, ou seja, de uma bonificação, em substituição ou em complementação à sanção, como ferramenta indutora de comportamento na sociedade. O Comportamentalismo tem o Reforço Positivo como a maior e mais poderosa maneira de criar e de estimular comportamentos, em contraste com a punição, que não apresenta efetividade ao longo do tempo.

A psicologia comportamental reconhece como relevante compreender a importância de estimular os indivíduos a comportarem-se de maneira que lhes tragam sentimentos positivos. A simples possibilidade de punição estatal, seja ela por acrescentar um estímulo ruim à vida do indivíduo, seja ela por retirar um estímulo bom à vida do indivíduo, causa sentimentos ruins nas pessoas. Comportar-se por evitar uma punição soa sempre como “pisar em ovos” ou como “andar na corda” – vive-se em um mundo de “ou faça isso, ou lhe tiro aquilo”.

Ciente de que há outras formas de criar, de estimular e de manter comportamentos nos indivíduos, com o benefício de substituir a coerção pelo arbítrio, propõe-se a análise da ciência do comportamento com a finalidade de verificar a efetividade na estimulação de comportamentos na sociedade, por intermédio do reforço positivo.

O Direito visa à pacificação social e utiliza-se das regras jurídicas para estabelecer comportamentos na sociedade. Acontece que, na maior parte das vezes, um cidadão se vale mais de uma regra social do que de uma regra posta – embora a ninguém seja dado desconhecer a lei. Assim, a ideia central seria conferir maior eficácia à norma jurídica, estabelecendo uma ligação definitiva entre o comportamento humano e o comando normativo do Direito, seja ela de dissuasão, mas, principalmente, que seja ele de estimulação de comportamentos.

Essa visão é reforçada por Skinner (2003, p. 377), ao reconhecer que, atualmente, os governos têm a possibilidade de utilizar-se de técnicas outras que não apenas a punição. Por exemplo, o próprio controle econômico dos governados. Na prática, o que propõe o autor é que comportamento humano seria orientado a “agir legalmente em vez de ser desencorajado a agir ilegalmente”.

Partindo do pressuposto de que o Reforço Positivo é a melhor ferramenta de criar, de estimular e de manter comportamentos ao longo do tempo, questiona-se como isso pode modificar o Direito. Teria a Sanção Premial controle suficiente para fazer com que grande parte da sociedade comporte-se conforme o Direito?

Testar essa hipótese não é trivial – seria necessário proceder a alterações legislativas com o fim de trocar a punição pelo reforço, para que o instrumento de indução de comportamento saia da órbita da coerção e verificar se o controle passaria a ser mais forte ou não, sem a instrumentalidade da coerção.

A maneira de proceder a toda essa alteração do arcabouço jurídico está longe de ser simples! Elaborar leis e normativos apenas com a presença do reforçador positivo como indutor de comportamento pode levar a caos generalizado, especialmente se o reforçador não for adequado ou se for mal escolhido.

Até porque o comportamento muda de acordo com o contexto e com o histórico de reforço ou de punição que cada indivíduo viveu (modelagem comportamental). Um comportamento é afetado positiva ou negativamente a depender das consequências e nem todos os comportamentos são punidores ou reforçadores para todos os indivíduos. A discriminação tem origem na história individual do organismo.

Assim, deve-se analisar caso a caso e, como sugestão, iniciar uma transformação normativa gradual, com a convivência entre um punitivo e um reforçador, ambos influenciando na escolha de comportamentos pelos sujeitos. Enquanto um comportamento será punido, outro será recompensado.

A partir desse raciocínio, entrelaçam-se conceitos de ciências distintas, como o Reforço Positivo, oriundo da Ciência do Comportamento e a sanção premial, afeta ao Direito.

A problematização tem claro viés comportamental e, confirmando-se, tem o potencial de indicar um caminho alternativo à exclusividade da sanção como indutor de comportamentos nos normativos de nossa sociedade.

Dessa forma, o reforço positivo, se incorporado à legislação, seria o mais potente e o mais eficaz modulador de comportamento na sociedade.

Para tanto, este artigo foi construído inspirando-se no modelo analítico-comportamental da psicologia e está estruturado em 4 distintos capítulos. O primeiro deles é uma apresentação básica da psicologia comportamental, especialmente dos modelos de reforço e punição existentes. A explicação é elementar, vez que o artigo é voltado para o público jurídico e não da psicologia. Entretanto, necessário compreender os mecanismos de controle comportamental e suas consequências para entender ao que se propõe este artigo.

O segundo capítulo discute o Direito, a norma jurídica e a sanção. Tem, por finalidade, apresentar o fim social do Direito – a pacificação social – e quais as ferramentas que o Direito dispõe para alcançar a pacificação social. Após a discussão filosófica, apresenta-se a proposta de um Direito reforçador, com o uso da chamada sanção premial para estimular o comportamento dos administrados.

O terceiro capítulo volta a beber da psicologia comportamental e discute a efetividade da punição sobre o comportamento humano, quando Direito e psicologia voltam a imiscuir-se.

Por fim, o quarto capítulo apresenta literatura e experiências do Direito reforçador e da sanção premial, como mostras efetivas desse método para o controle comportamental e a busca da pacificação social.

1. O COMPORTAMENTO MODELADO POR CONSEQUÊNCIAS E OS ESQUEMAS DE REFORÇO E PUNIÇÃO DA PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL

Sabendo ser este um artigo do campo jurídico, mas que conta com base na psicologia comportamental, mister se faz explicar como, para esta ciência, se dá o aprendizado de comportamentos, a seleção por consequências, bem como os esquemas de reforço e de punição mais básicos.

Isto posto, passa-se à explicação sobre a aprendizagem operante e os esquemas de reforço e punição elementares da teoria comportamental.

Pois bem, sabe-se que o condicionamento operante ocorre frente a um evento filogeneticamente¹⁵⁴ importante e um comportamento que afeta sua ocorrência (BAUM, 2006, p. 81). Basicamente, é uma função simples entre comportamento e consequência, onde a consequência pode ser ou negativa ou positiva.

Assim, por exemplo, quem trabalha para comer vive uma relação positiva entre a consequência positiva (obter alimento) e o comportamento (trabalhar).

Como exemplo contrário, William Baum (2006, p. 81) cita o caso de uma pessoa que é alérgica a amendoim. No caso, a pessoa precisa verificar os ingredientes dos alimentos antes de consumi-los, com o fim de estar segura que não vá ingerir amendoim e não vá passar mal. Neste caso, a consequência é negativa (não passar mal), aliada ao comportamento de conferir os ingredientes no rótulo.

A esse esquema a psicologia dá o nome de atividade-consequência (positiva e negativa).

Além disso, há dois tipos de consequência a serem analisadas, as consequências reforçadoras e as consequências punitivas.

Em suma, uma consequência reforçadora é todo evento que reforça, que estimula, a manutenção de determinado comportamento. Assim, tem-se um simples exemplo da criança que chora em público para conseguir algum presente dos pais. Se toda vez que ela chorar em público os pais atenderem aos seus pedidos, esse comportamento (chorar em público) terá um efeito reforçador (conseguir mimos dos pais).

Por outro lado, se toda vez que uma criança chora em público os pais cortam o doce ou dão uma surra, esse comportamento (chorar em público) terá um efeito punidor (perder o doce ou apanhar).

¹⁵⁴ História evolutiva de uma espécie. “Série ou história de eventos no decorrer de um longo tempo” (Baum, 2006, p. 73).

Veja, então, que um reforçador é todo evento que tende a manter ou a aumentar a frequência de determinado comportamento – ele reforça o comportamento, estimulando a sua manutenção.

Por outro lado, um punitivo tem o efeito contrário – ele tende a extinguir ou a diminuir a frequência de determinado comportamento – ele pune toda vez que o comportamento é demonstrado.

Assim, tem-se que a atividade-consequência (positiva e negativa) combina-se com as consequências (reforçadores e punidores). Com essa combinação, formam-se quatro tipos de relação que podem dar origem à aprendizagem operante (BAUM, 2006, p. 81).

Para listá-las, são as seguintes relações (BAUM, 2006, p. 81), ilustradas também na Figura 1:

- Reforço positivo;
- Reforço negativo;
- Punição positiva; e
- Punição Negativa.

		Consequência	
		Reforçador	Punidor
Relação Consequência	Ação- Positiva	Reforço Positivo	Punição Positiva
	Ação- Negativa	Punição Negativa	Reforço Negativo

Figura 1. Os quatro tipos de relação que dão origem à aprendizagem operante.

A fim de evitar dúvidas, a primeira distinção a ser feita é que as palavras positivo e negativo não tem a ver com um estímulo ser bom ou ruim. Tem a ver, na verdade, com o fato de acrescentarem um estímulo ao sujeito. O que vai determinar se esse estímulo é bom ou ruim está ligado à consequência, se reforçadora ou se punidora. Então, tem-se que o positivo acrescenta algum estímulo (pode ser um

acréscimo ruim ou bom) e o negativo retira um estímulo (que por sua vez, também pode ser ruim ou bom).

Funciona da seguinte maneira: Um reforço positivo é um comportamento que acrescenta um estímulo novo (positivo) e que ao mesmo tempo reforça o comportamento. É o caso da criança que chora para conseguir mimos dos pais. No caso, o comportamento de chorar faz com que ela receba doces (estímulo positivo) e, como para a criança doce é uma coisa boa, o comportamento dos pais de dar doce funciona como um reforço positivo – reforço porque tende a aumentar a frequência do comportamento de chorar e positivo porque dá algo para a criança (o doce).

Por sua vez, uma punição positiva acrescenta um estímulo ruim ao comportamento. É o caso do doente celíaco que ingere glúten. Tão logo ele coma pão, vai passar mal. Nesse exemplo, o comportamento de comer glúten será punido, porque a tendência é a de diminuição da frequência da ingestão de glúten. E será punido positivamente porque vai acrescentar um estímulo ruim ao celíaco, que é a reação alérgica e a indisposição.

Já o reforço negativo acontece quando certo comportamento retira um estímulo negativo. Acontece quando os pais fecham a porta dos quartos dos filhos porque não querem ouvir música alta. Nesse exemplo, a música alta incomoda aos adultos e fechar a porta faz com que eles não mais escutem e não se sintam incomodados. Assim, o comportamento de fechar a porta é reforçado negativamente pelo silêncio, pela retirada do estímulo aversivo (a música alta) do ambiente.

Por fim, a punição negativa diz respeito a uma consequência que retira um estímulo bom. Veja o caso dos pais que ameaçam os filhos dizendo que caso eles não se comportem de determinada maneira, ficarão sem o vídeo game ou sem a mesada. No caso, se comportar de maneira inadequada é punitivo (diminui a frequência do comportamento), além de ser negativo, pois retira um estímulo bom (a mesada ou o vídeo game).

Após essas explicações, a compreensão da Figura 1 certamente será mais fácil, tendo em conta que as palavras positivo e negativo não guardam relação com

ser bom ou ser ruim, apenas guardam relação com o acréscimo ou a retirada de um estímulo, sendo identificados se são bons ou ruins a depender da consequência, se reforçadora ou punidora.

Como apresentado, esses esquemas seriam completamente estanques e separados uns dos outros. Não é, entretanto, o que ocorre na vida real. Um reforço negativo pode combinar-se com uma punição negativa. Veja o caso de um término de relacionamento, em que um cônjuge se sente aliviado após se ver livre do ex amante (reforço negativo) mas, ao mesmo tempo, sente falta da companhia (punição negativa) que o companheiro lhe propiciava.

Isto é apenas um exemplo de como os quatro esquemas apresentados na Figura 1 se relacionam. Além do mais, a intensidade de cada um deles pode variar e não necessariamente terão a mesma força. Para a finalidade deste artigo, entretanto, esse assunto não será aprofundado, mas é necessário ter em mente que, no comportamento humano individual e na sociedade, é muito difícil isolar comportamentos e consequências.

Assim sendo, tem-se que (BAUM, 2006, p. 87) “os comportamentos bem e malsucedidos se definem por seus efeitos”. Na prática, os comportamentos bem-sucedidos têm como consequências bons efeitos, ao passo que os comportamentos malsucedidos têm como consequências efeitos nem tão bons ou inclusive efeitos ruins – sucesso e fracasso seriam correspondentes a reforço e a punição. Para W. Baum (2006, p. 87), uma “atividade bem-sucedida é aquela que é reforçada; uma atividade malsucedida é aquela que é menos reforçada ou punida”.

Essa lógica resume o que a ciência comportamental denomina de lei do efeito. Para Baum (2006, p. 87):

Ela estabelece que, quanto mais uma atividade é reforçada, mais ela tende a ocorrer e, quanto mais uma atividade é punida, menos ela tende a ocorrer. Os resultados da lei do efeito são frequentemente tratados como modelagem, porque os comportamentos mais bem-sucedidos aumentam e os menos bem-sucedidos diminuem (grifo do autor).

É importante compreender a ideia da lei do efeito para bem compreender outro conceito da ciência comportamental, a seleção por consequências. Antes de

elucidá-lo, necessário dizer que a seleção por consequências implica a história comportamental do indivíduo ao longo do tempo. Destarte, resultados bem-sucedidos (reforço) tornam algumas atividades mais prováveis, ao passo que resultados malsucedidos (não-reforço ou punição) tornam outras atividades menos prováveis. Assim é que o comportamento que ocorre nessas circunstâncias vai aos poucos sendo modelado (BAUM, 2006, p. 107) – vai sendo transformado e elaborado.

É por isso que o comportamento do passado influencia o comportamento do presente – a depender do histórico de reforço ou de punição – ou simplesmente de um histórico de não reforço, visto que o comportamento que não é reforçado também tende a não ser reproduzido. Gradualmente, ao repetir um comportamento, o mesmo vai sendo modelado, a depender da consequência positiva (reforço) ou negativa (punição). Há um exemplo comum nos laboratórios de psicologia experimental, sobre o comportamento de um pombo de bicar um disco. Descrito por Baum (2006, p. 116), o experimento demonstra que:

um pombo é treinado a bicar um disco de respostas vermelho e a não bicar um disco verde. Na primeira etapa do treino, o disco está iluminado com a cor vermelha e cada bicada opera o dispensador de comida. Gradualmente, o número de bicadas necessárias para produzir o alimento é aumentado até 15 bicadas. Na segunda etapa introduz-se o disco verde, com a contingência de que o alimento só será liberado se passarem 2 segundos sem uma bicada. No início, o pombo bica o disco verde sem sucesso. Cedo ou tarde ele faz uma pausa suficiente para que o alimento seja liberado. À medida que o pombo pausa mais e bica menos, a pausa exigida para a liberação da comida vai sendo gradualmente aumentada até 10 segundos. Ao final do treino, na demonstração, eu controlo a cor do disco por um interruptor no aparelho. Quando o disco fica vermelho, o pombo bica rapidamente. Assim que mudo a cor para verde, o pombo para de bicar. À medida que vou mudando de uma cor para outra, o bicar muda em uma ou em outra direção.

Esse exemplo ilustra bem que o comportamento muda de acordo com o contexto e com o histórico de reforço ou de punição que um indivíduo viveu. Essa aprendizagem é o que a ciência comportamental chama de modelagem. A depender das consequências, o comportamento será afetado positivamente ou negativamente. A discriminação tem origem na história individual do organismo.

Voltando à regra básica da relação consequencial entre reforço e punição, tem-se que um evento reforçador é aquele que aumenta a frequência de determinado comportamento, ao passo que um evento punitivo é aquele que diminui a frequência de determinado comportamento.

A ciência comportamental não diz que a punição extingue o comportamento. Afirma, de modo diverso, que o que extingue um determinado comportamento é a falta de reforçadores (SKINNER, 2003, p. 76). Assim, um comportamento sem utilidade, logo sem reforçador, não teria razão de subsistir na vida do indivíduo e não mais seria reproduzido, extinguindo-o do repertório comportamental até então existente.

A extinção de um comportamento, pela ausência de reforçadores, contudo, vem acompanhada de reações pouco agradáveis, como frustração ou raiva (SKINNER, 2003, p. 77). Além do mais, tempo até a extinção de um comportamento, quando cessado o reforço, depende do condicionamento prévio – se foi aprendido e incorporado ao repertório comportamental há muito tempo, a extinção demorará a se concretizar, mas se foi um comportamento recente, mais rapidamente o comportamento será extinto (SKINNER, 2003, p. 77).

Cientistas do comportamento veem na extinção um “modo efetivo de remover um operante do repertório de um organismo” (SKINNER, 2003, p. 78). Skinner (2003, p. 78) reconhece, entretanto, que a técnica preferida é a punição, mas diz que, além de serem processos distintos, a punição tem eficácia discutível.

Para melhor compreender os efeitos da punição sobre o comportamento humano e suas consequências, dedicar-se-á capítulo específico para tratar deste assunto. Passar-se-á à análise dos conceitos tradicionais do Direito e sua correlação com a sanção.

2. O DIREITO, A NORMA JURÍDICA, A SANÇÃO E O CONTROLE SOCIAL

Tarefa pouco trivial, a definição do conceito de Direito parece ser uma das menos consensuais do mundo. Difícil imaginar uma definição única e harmônica do

conceito de Direito. Entretanto, é possível encontrar convergências nessa definição. Dimitri Dimoulis (2003, p. 21), apresenta um dos conceitos de Direito como:

(...) o conjunto de normas que **objetivam regulamentar o comportamento das pessoas na sociedade**. Essas normas são editadas pelas autoridades competentes e preveem, em caso de violação, a **imposição de penalidades** por órgãos do Estado (grifo nosso).

Repare que há dois pontos chaves na definição do autor, o (i) objetivo de controle comportamental dos indivíduos e a (ii) imposição de penalidade em caso de descumprimento da norma. Esses pontos são retratados por diversos autores (DIMOULIS, 2003, ps. 27, 28, 30) que apresentam conceito semelhante de Direito, como Hans Kelsen o fez.

A coerção está presente em diversas definições de Direito, dando à ciência jurídica um aspecto de dever ser “particularmente forte” (DIMOULIS, 2003, p. 37). Assim, a aplicação do Direito conta com a exigibilidade, a ela somada a imposição mediante ameaça de penalidade que pode culminar com o uso da força. Seria o Direito (DIMOULIS, 2003, p. 37) um dever ser, “cuja aplicação é garantida pela ameaça de sanções aplicáveis pelas autoridades estatais” (grifo do autor).

“Ao conjunto de padrões comportamentais entrelaçados que intermedeiam a ligação entre a ocorrência do padrão comportamental indesejável e a respectiva punição – chamada sanção no vocabulário jurídico – se dá o nome de norma jurídica” (AGUIAR, 2016, p. 6).

O conceito acima, extraído de uma obra jurídica com fonte na ciência comportamental, explicita um conceito padrão que os juristas conferem à norma jurídica, qual seja, a descrição de determinada conduta, ordenando expressamente que seja cumprida (DIMOULIS, 2003, p. 62). Esse é o elemento chave das normas jurídicas, o estabelecimento de uma conduta e de uma penalidade para o caso de descumprimento.

Para melhor compreender o conceito de norma jurídica, pode-se recorrer à filosofia do Direito. Carlos Santiago Nino observa que “as tentativas mais difundidas e controversas de caracterização das normas jurídicas têm sido as que as

classificam como uma espécie das normas prescritivas” (2010, p. 90). A despeito das várias classificações de normas, restringir-se-á a análise apenas às normas jurídicas propriamente ditas.

Pois bem, o jurista argentino, ao citar Hans Kelsen (2010, p. 95), recorda que, para o autor, “uma norma jurídica é a que prescreve uma sanção jurídica”, sendo sanção um “ato coercitivo que priva alguém de algum bem”.

Entretanto, não é apenas o estabelecimento de uma conduta e a previsão de uma punição em caso de descumprimento faz com que uma norma seja jurídica – um segundo elemento, nem sempre unânime nos conceitos dados pelos juristas, é o objetivo de “regulamentar o comportamento social de forma imperativa” (DIMOULIS, 2003, p. 63).

Para essa análise, um conceito da sociologia jurídica capaz de explicar como o Direito vê o controle social foi registrado por Ana Lucia Sabadell (2013, p.139). Diz a autora:

O Direito é a forma específica de controle social nas sociedades complexas. Trata-se de um controle formal, determinado por normas de conduta, que apresentam três características. Essas normas são:

- a) Explícitas, indicando à população de forma exata e clara aquilo que não deve fazer;
- b) Protegidas pelo uso de sanções;
- c) Interpretadas e aplicadas por agentes oficiais.

Repare que a autora, ao definir que o Direito é a forma específica de controle social nas sociedades complexas, pontua que a norma tem duas características exclusivas da sanção, porque indica “aquilo que **não** deve fazer” (grifo do autor) e também porque seriam as normas “protegidas pelo uso de sanções”.

Na prática, a autora sinaliza que o Direito motiva-se para a coerção, indicando o comportamento proibido, aquele que não deve ser feito.

Aliada à filosofia do Direito, a psicologia comportamental também compartilha do pensamento de que as leis e as normas são editadas para controlar o comportamento humano (TODOROV, 2005, p. 86). À vista disso, a norma jurídica é, para o behaviorismo, uma contingência comportamental punitiva.

Assim, em um Estado Democrático de Direito onde há respeito ao devido processo legal, as leis são codificações dos processos de controle do Estado. Skinner (2003, p. 372) leciona que:

As vantagens obtidas quando o indivíduo 'não esta ao arbítrio, mas sob a lei' usualmente são óbvias, e os grandes codificadores de leis ocupam lugares de honra na história da civilização. Entretanto, a codificação não muda a natureza essencial da ação governamental nem remedeia todos os seus defeitos.

Importante destacar que, para a ciência do comportamento, controle não é sinônimo de coerção (TODOROV, 2005, p. 86), embora na maior parte das vezes as leis exerçam um controle coercitivo. Para a ciência do comportamento, o controle é orientado por consequências, podendo as consequências serem boas (consequência reforçadora) ou ruins (consequência punitiva). É de se ter em mente que, apesar de predominantemente coercitivas, há leis que prescrevem consequências positivas para os comportamentos desejados, como as leis de isenção fiscal ou de premiação por bons comportamentos.

Skinner (2003, p. 367) reconhece que a “agência governamental opera principalmente através do poder de punir” e, por isso, a ênfase do comportamento que se visa controlar está sempre sobre o que é “errado”. Assim, o governo usa de seu poder para manter a pacificação social, proibindo ou coibindo comportamentos que ameacem outras pessoas do mesmo grupo.

Ainda de acordo com o autor (2003, p. 367), supondo que um governo possua apenas o poder de punir, pode ele “fortalecer o comportamento legal somente pela remoção de uma ameaça de punição a ele contingente”. E isso é feito, por exemplo, quando o governo oferece desconto em impostos toda vez que o contribuinte informa o CPF na Nota Fiscal, o que gera um reforço negativo. B. F. Skinner (2003, p. 367) reconheceu que o governo opera, sim, por intermédio de reforçadores, não se restringindo à punição, indicando, contudo, que “algumas vezes isto é feito, mas a técnica mais comum é simplesmente punir as formas ilegais do comportamento”.

Essa ideia é também reforçada por Carlos Santiago Nino (2010, p. 94), que raciocina:

Embora, teoricamente, as normas jurídicas pudessem ser premiadoras, a técnica que o Direito escolheu, na maioria dos casos, é a da sanção, sendo tão raros os casos em que se estabelecem prêmios para motivar a conduta das pessoas que podem ser desconsiderados no intuito de uma explicação teórica do Direito.

Não obstante, a filosofia do Direito indica ser possível a utilização de um prêmio para a conduta desejável. Esse tema já foi explorado por Hans Kelsen (Apud: NINO, 2010, p. 94), ao discorrer sobre a técnica da motivação indireta, que pretende “motivar as pessoas sem indicar diretamente a conduta desejável, mas estabelecendo uma sanção para a conduta indesejável ou um prêmio para a desejável”.

Ao discorrer sobre os procedimentos governamentais de controle, Skinner (2003, p. 369) já reconheceu que um ponto importante é a codificação dos mecanismos de controle do Estado. É exatamente o que os juristas chamam de Direito positivo – a norma posta e escrita para os cidadãos.

Até aqui, tem-se que a norma jurídica, de acordo com a clássica teoria do Direito, caracteriza-se por dois aspectos – a prescrição de uma sanção e o controle social.

Pois bem, aprofundando o estudo da norma jurídica, interessa especialmente para nós o conceito de norma jurídica quanto à forma de sanção. Para tanto, utilizar-se-á a lição de Dimitri Dimoulis (2003, ps. 71 a 74). O autor faz distinção entre as normas de proibição e de obrigação, afirmando que há penalidades para o caso de descumprimento dessas normas – esse tipo de penalidade é conhecido como “sanção negativa (ou repressiva ou punitiva)”.

Para o autor (2003, p. 72), o objetivo das sanções é aumentar as chances de eficácia da norma, já que é mais fácil obrigar alguém a agir de determinada maneira do que convencê-lo por meio de um aviso ou de um pedido gentil.

Prosseguindo sua explicação das normas jurídicas, Dimouli (2003, p. 72) discorre sobre outro tipo de norma:

As normas *permissivas* (C é Pe) não preveem, em geral, sanções. Seria absurdo punir quem exerce seu Direito! Há, porém, uma categoria especial de normas de permissão que se associam a

sanções. Trata-se das *normas promocionais*, que não se limitam a autorizar uma conduta, mas também encorajam o destinatário a adotá-la. Nesse caso a conduta não é só permitida, mas também recomendada (Re). Para tanto, as normas promocionais oferecem incentivos e recompensas, que constituem uma *sanção positiva* (ou premial ou recompensatória). A sanção positiva propicia, assim, vantagens a quem adotar a conduta prevista pela norma promocional (grifos do autor).

Para o autor (2003, p. 73), as normas de sanção positiva podem ter recompensas de tipos diversos, como recompensa moral, recompensa de valor pecuniário ou mesmo uma recompensa consubstanciada em isenção tributária. Dimoulis estabelece que à cada forma de prescrição normativa corresponda um tipo de sanção diferente. Assim, conforme ilustrado na Figura 2 (2003, p. 73), tem que:

Forma de prescrição	Tipo de sanção
Permissão (Pe)	Não há
Obrigação (Ob)	Negativa (S-)
Proibição (Pr)	Negativa (S-)
Recomendação (Re)	Positiva (S+)

Figura 2. Formas de prescrição e tipos de sanções.

Ainda, na esteira das formas de prescrição apresentadas na Figura 2, o autor indica a intensidade hierarquizada dos deveres que as prescrições impõem aos destinatários das normas jurídicas. Para Dimoulis (2003, p. 74), a norma permissiva é a menos intensa, porque isenta de sanção. Seguida a ela, a norma de recomendação seria mais intensa, uma vez que há a previsão de recompensas para o comportamento descrito pela norma.

Logo após, o autor indica que a norma de proibição é “muito mais exigente”, porque há uma sanção negativa em caso de descumprimento. Por fim, pondera que a norma preceptiva – a norma de obrigação – impõe “maiores exigências”, porque “obriga a ter determinada conduta, ameaçando com penalidades se o destinatário não atuar da forma prescrita”.

Curioso observar que essa tabela apresentada por Dimoulis faz referência a tipos de normas e a tipos de sanções, indicando certa correlação com os conceitos de comportamento e consequência da ciência comportamental, explorados no capítulo anterior deste artigo e descritos na Figura 1.

O autor, entretanto, não indica razões empíricas para justificar a hierarquia de intensidades que estabeleceu para as suas normas prescritivas, apesar de ficar subentendido que assim o fez baseado nas consequências. Para Dimoulis, quanto mais grave a punição, mais intensa será a norma. Claro não está, entretanto, qual a razão de a norma de obrigação ser mais intensa do que a norma de proibição, já que ambas tem a mesma consequência, uma sanção negativa.

Encerrada esta análise, tem-se que, pela corrente clássica do Direito, a sanção é elemento distintivo da norma jurídica – e dela indissociável. Há autores, entretanto, que consideram a possibilidade da sanção premial da norma jurídica, apesar de reconhecerem ser esta uma função residual do Direito. É preciso, contudo, explorar melhor essa possibilidade.

Como se viu, diversos autores apresentam a possibilidade de o Direito operar por intermédio de premiação, ao invés da pura e simples punição. Apesar desse reconhecimento, ainda é escasso, nos livros jurídicos, conteúdo que bem retrate essa função. Um dos autores que se aprofundou nesse conceito foi Norberto Bobbio (2007, p. 02), ao apresentar a função premial do Direito presente na norma jurídica. Atualmente, o autor também reconhece que há uma tendência em utilizar, cada vez mais, técnicas que chamou de “encorajamento”.

Pois bem, Bobbio (2007, ps. 06 e 07) faz uma distinção clara entre normas positivas e normas negativas com as sanções negativas e as sanções positivas. Para o autor, os 4 conceitos são distintos e não se confundem. Complementam-se, entretanto, para formar 4 tipos de combinações. Usando termos da linguagem corrente, Bobbio (2007, p. 06) alerta para a distinção entre “comandos e proibições” e entre “prêmios e castigos”.

Reconhece, também, que há uma habitualidade na conjugação entre normas negativas e sanções negativas, ao mesmo tempo em que há uma habitualidade na

conjugação entre as normas positivas e as sanções positivas. Mas não nega existir incompatibilidade entre uma norma negativa e uma sanção positiva, bem como aceitar ser possível uma norma positiva com uma sanção negativa.

Para Bobbio (2007, p. 06):

Portanto, podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: *a)* comandos reforçados por prêmios; *b)* comandos reforçados por castigos; *c)* proibições reforçadas por prêmios; *d)* proibições reforçadas por castigos.

Os conceitos trazidos por Bobbio, de sanção positiva e de sanção negativa, partem da compreensão filosófica e sociológica da palavra sanção. Ao fazer uma análise histórica (2007, p. 07), admite o autor que o termo “sanção” tem aplicação ampla, para que nele caibam as consequências positivas ou negativas da norma. Assim, o gênero *sanção* comportaria as duas espécies, a sanção positiva e a sanção negativa.

Ao fazer uma análise histórica do Direito, da norma jurídica e do caráter punitivo de ambos, Bobbio observa (2007, p. 07) que na teoria geral do Direito contemporâneo, “ainda é dominante a concepção repressiva do Direito”. E dessa forma estabeleceu-se um vínculo “necessário e indissolúvel” entre o Direito e a coação.

Desfazer esse vínculo, caracterizado pelo autor como *necessário e indissolúvel*, é um desafio aos juristas e aos operadores do Direito. Ao apresentar uma análise histórica e evolutiva do Direito e de suas funções, e ao reconhecer (p. 08) a “importância das recompensas como alavancas do movimento social”, Norberto Bobbio (2007, p. 13) pontua que:

Atualmente, é visível que o Estado tem adotado, cada vez mais, o uso de técnicas de encorajamento. Tomar ciência dessa transformação é também perceber os efeitos positivos dessas técnicas e, como consequência, pouco a pouco, abandonar a concepção do Direito como um ordenamento jurídico “protetivo-repressivo”. A migração de uma visão repressiva do ordenamento jurídico leva à uma concepção distinta e razoavelmente nova no Direito, a visão de um ordenamento jurídico com função “promocional”.

Aqui, vale a pena uma rápida passada pelas funções do ordenamento jurídico, entre a função protetivo-repressiva e a função promocional, mais característica dos Estados modernos. Permita, mais uma vez, reproduzir a explicação do professor Norberto Bobbio (2007, p. 14 e 15), ao discorrer sobre a função do ordenamento e a forma de controle social do Estado. Diz Bobbio:

Em relação a um sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se em atos conformes e atos desviantes. Pois bem, em relação aos atos conformes, a técnica do encorajamento visa proteger o seu exercício, tutelando a possibilidade de fazer ou não fazer, caso se trate de atos permitidos, a possibilidade de fazer, caso se trate de atos obrigatórios, e a possibilidade de não fazer, caso se trate de atos proibidos. Em relação aos atos desviantes, a técnica do desencorajamento tem por alvo, atribuindo-lhes determinadas consequências, apenas os atos desviantes por defeito, os atos propriamente não-conformes, e limita-se a tolerar – não lhes atribuindo qualquer efeito jurídico – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes (as chamadas ações superrogatórias).

Ao contrário, **a técnica do encorajamento visa** não apenas a tutelar, mas também **a provocar o exercício dos atos conformes**, desequilibrando, no caso de atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade de não fazer, tornando os atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes. Quanto aos atos desviantes, essa técnica considera – atribuindo-lhes determinadas consequências – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes, enquanto se torna cada vez mais tolerante em relação a certos atos desviantes por defeito. **A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social.** Além disso, assinala a passagem de um controle passivo – mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas – para um controle ativo – preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas (grifo nosso).

Assim, conclui o autor que:

Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitantes.

Nesta análise, Bobbio revisita diversos elementos da teoria geral do direito para a própria definição do conceito de Direito. Trata, dessa forma, da ideia de

sanção, aceitando que seja tanto positiva quanto negativa, bem como do controle social do Direito, previsto principalmente nos conceitos sociológicos de Direito.

Norberto Bobbio (2007, os. 16 a 21) discorre sobre a funcionalidade da sanção positiva e das normas que ele diz serem de “encorajamento”. Aqui, Bobbio dá início à uma análise menos própria do Direito como saber jurídico para fazer uma análise mais ligada à sociologia e, marginalmente, à psicologia.

Pondera o autor (2007, p. 19) sobre as categorias da “conservação e da mudança”, fazendo um paralelo com as medidas de desencorajamento e de encorajamento. Assim, estariam as medidas de desencorajamento, ou seja, as sanções negativas, ligadas à conservação do *status quo*, posto que não estimulam as mudanças de comportamento na sociedade. Por seu turno, as medidas de encorajamento promoveriam a mudança comportamental na sociedade. Veja o que indica o autor:

Se o ordenamento jurídico julga positivamente o fato de o agente valer-se o mínimo possível da sua liberdade, procurará desencorajá-lo a fazer o que lhe é lícito. Como se vê, a técnica do desencorajamento tem uma função conservadora. Se, ao contrário, o mesmo ordenamento jurídico julga positivamente o fato de o agente servir-se o máximo possível da sua liberdade, procurará encorajá-lo a se valer dela para mudar a situação existente: a técnica do encorajamento tem uma função transformadora ou inovadora.

A despeito do raciocínio empregado por Bobbio, ele parece indicar que as medidas de incentivo, quando adotadas pelo ordenamento jurídico, estimulam a sociedade a uma nova gama de comportamentos. Entretanto, a análise, apesar de parecer correta, carece de observação e comprovação científica.

De toda a sorte, é um rico estudo, oriundo de um reconhecido doutrinador do Direito, capaz de indicar – ou que pelo menos começa a indicar – que é possível pensar no Direito como um sistema recompensatório e não exclusivamente punitivo.

Do ponto de vista comportamental, Bobbio (2007, ps. 23 a 32) trouxe uma análise interessante, que remete aos conceitos de Ação -> Consequência da psicologia comportamental presentes na Figura 1 do Capítulo 1 deste artigo. Não parece ser mera coincidência, apenas uma maneira de expressar-se conforme o campo do saber específico. Ao fim e ao cabo, a psicologia e o Direito conjugam na

percepção de como o comportamento pode ser controlado. Veja o que diz Bobbio (2007, os. 24 e 25):

A noção de sanção positiva deduz-se, a *contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem. Em relação ao agente, diz-se, ainda que de modo um tanto forçado, que o castigo retribui, com uma dor, um prazer (o prazer do delito), enquanto o prêmio retribui, com um prazer, uma dor (o esforço pelo serviço prestado). Digo que é um tanto forçado porque não é verdade que o delito sempre traz prazer a quem o pratica nem que a obra meritória seja sempre realizada com sacrifício.

Tal como o mal do castigo pode consistir tanto na atribuição de uma desvantagem quanto na privação de uma vantagem, o bem do prêmio pode consistir tanto na atribuição de uma vantagem quanto na privação de uma desvantagem. Desse modo de vista, tanto as sanções negativas quanto as positivas podem ser *atributivas* ou *privativas*. Segundo uma classificação tradicional, o mal do castigo pode ser material.

Repare que a explicação do autor coincide com os conceitos da psicologia comportamental que explicam o comportamento modelado por consequências. Há uma correspondência entre os termos propostos pelo jurista como *atributivas* ou *privativas* com os termos da psicologia comportamental *positivo* ou *negativo*. Assim como há uma correspondência entre sanção positiva e reforço e entre sanção negativa e punição. As ciências distintas utilizam-se de nomenclaturas distintas para dizer a mesma coisa.

O que o Direito denomina sanção positiva atributiva é para a psicologia o reforço positivo, posto que recompensa uma vantagem. Já a sanção positiva privativa é para a psicologia o reforço negativo, já que significa a eliminação de uma desvantagem.

O mesmo raciocínio se aplica às sanções negativas. A sanção negativa atributiva é o reforço positivo, o que seria a punição por uma desvantagem. Por fim, a sanção negativa privativa equivale à punição negativa, já que incorre em uma privação de vantagem.

O que o autor não faz é entrar no mérito da seleção comportamental por consequências, mas deixa os instrumentos para os juristas deduzirem que é melhor ser reforçado positivamente.

Para esclarecer, o Quadro 1, a seguir, ilustra a correlação entre os esquemas:

Esquema de Reforço / Sanção	Psicologia Comportamental	Direito
	Reforço Positivo	Sanção positiva atributiva
	Reforço Negativo	Sanção positiva privativa
	Punição Positiva	Sanção negativa atributiva
	Punição Negativa	Sanção negativa privativa

Quadro 1. Correlação entre os esquemas de reforço / sanção.

Desta feita, Bobbio, apesar de desconhecer os reflexos para os administrados, reconhece os efeitos positivos de se trabalhar com o reforço positivo e com o reforço negativo, que ele denomina de sanção positiva atributiva e sanção positiva privativa. Além de perceber a função transformadora desse tipo de operadores, Norberto Bobbio oferece aos operadores de Direito a oportunidade de repensar o próprio conceito de Direito, bem como o conceito de norma jurídica, ao prever a sanção de forma geral, abrangendo suas duas formas. Ainda, explicita a função “indutora de comportamentos” do Direito, característica mais ligada à noção sociológica e psicológica do Direito.

Ao fim, o que Bobbio oportuniza é uma chance para os operadores jurídicos repensarem o Direito, reconhecendo ultrapassado o conceito exclusivamente punitivo da norma jurídica.

3. O COMPORTAMENTO MODELADO POR PUNIÇÃO E A EFETIVIDADE SOBRE O COMPORTAMENTO HUMANO

Murray Sidman¹⁵⁵ (2009, p. 17) inicia o seu livro, “Coerção e suas Implicações”, da seguinte forma:

¹⁵⁵ Coerção, de Murray Sidman, apresenta uma análise profunda sobre a coerção e os esquemas de punição. O autor viveu durante a II Guerra Mundial e sua vida passou por indagações sobre o poder destrutivo do homem, que tudo quis controlar por intermédio da coerção. Sua obra traz respostas a perguntas como *a punição*

A pena de morte detém assassinos em potencial? A retaliação dura é a resposta a problemas de disciplina em nossas escolas? A punição é um meio aceitável de impedir crianças autistas e retardadas de destruir a si mesmas e a seu ambiente? É sequer um modo efetivo de tratar estes problemas? Estas e outras questões correlatas vêm gerando atualmente apaixonada controvérsia pública, em geral intensamente polarizada mas raramente baseada em evidências. E ainda assim, sérios como são, estes problemas representam apenas a ponta do iceberg. Eles são instâncias isoladas de um fenômeno muito mais amplo: o uso quase exclusivo de coerção em todas as esferas de interação humana.

Por coerção eu me refiro a nosso uso da punição e da ameaça de punição para conseguir que os outros ajam como nós gostaríamos e à nossa prática de recompensar pessoas deixando-as escapar de nossas punições e ameaças. Precisamos saber mais sobre coerção porque é como a maioria das pessoas tentam controlar uns aos outros: 'Torça-o até que ele faça certo', ou 'Dê-lhe um doce, mas se ele não fizer o que você quer, tire-o'.

Sobre a punição, Jock R. Millenson¹⁵⁶ (p. 398 e 399) escreveu, no ano de 1967, o seguinte:

A sociedade usou, e ainda usa, o procedimento de punição, numa variedade de maneiras, para desencorajar certos comportamentos de seus membros. A palmatória não desapareceu completamente de nossas escolas; espancamos nossos filhos quando eles se comportam 'mal'; e a punição é ainda o principal instrumento da justiça.

Apesar de terem sido escritos, respectivamente, em 1964 e em 1967, e os exemplos talvez não serem cabíveis tão ao pé da letra, parece que a ideia principal permanece na sociedade humana.

Millenson (p. 399) reconhece que a punição é utilizada com frequência por causa de duas características. A primeira é porque tem um efeito imediato e a segunda porque os efeitos colaterais são quase sempre reforçadores positivos para a pessoa que está punindo.

funciona? e ainda responde o que realmente acontece com a punição. É uma ótima obra para entender as consequências das punições.

¹⁵⁶ A obra de Millenson, *Princípios de Análise do Comportamento*, é mais densa do que as demais. A maior parte da obra foi escrita no ano de 1964. À época, pouca literatura havia sobre a ciência comportamental, sendo a maior parte do material disponível apenas descritivo. Como até então o principal livro era o de Skinner, a obra de Millenson foi – e continua sendo, inclusive, mais densa do que a obra de B. F. Skinner. Serve como *ultima ratio* para consultas e esclarecimentos que as demais obras não conseguirem responder – ou para uma consulta mais detalhada dos conceitos comportamentais.

É simples observar os efeitos imediatos da punição. A criança que chora em público pode ser duramente repreendida pelos pais e se calar. O aluno que cola na prova pode levar uma chamada em público e tirar zero na avaliação. Entretanto, ambos, a criança que chora e o aluno que cola, possivelmente não deixarão de se comportar dessa mesma maneira através da punição.

Pois bem, questiona-se, inicialmente, se a punição, de fato, diminui a frequência de um comportamento. Uma leitura seca da teoria comportamental pode ser enganadora, já que após a aplicação da punição há um efeito imediato de cessar o comportamento que se quer punir – a redução na frequência é apenas pontual. Alguns aspectos merecem análise.

Na prática, o que ocorre é uma supressão temporária do comportamento indesejável – além do mais, essa supressão temporária acaba sendo um reforçador positivo em quem aplicou a punição (MILLENSON, 1967, p. 399), o que tende a fazer com que isso se repita. Soma-se a isso o fato de que a maioria das punições são controladas por outras pessoas e, por isso, nem todo padrão comportamental será sempre punido, pois muitas vezes ausente o punidor. Para Skinner (2003, p. 207), “como a punição depende em grande parte do comportamento de outras pessoas, é mais provável que seja intermitente. A ação sempre punida é uma raridade”. Observe que o mesmo padrão intermitente acontece com as normas jurídicas, pois nem todo comportamento antijurídico será punido, posto que será encoberto e não revelado.

Pois bem, a psicologia comportamental está farta de exemplos¹⁵⁷ de que a punição, seja ela positiva ou negativa, não tem o condão de extinguir

¹⁵⁷ Como exemplos, cite-se o aluno que sempre cola na prova, a despeito dos flagras e de já ter levado nota zero algumas vezes e, também, o já citado caso dos infratores penais que, mesmo com punições severas como a restrição da liberdade, voltam a cometer ilícitos penais.

Para reforçar esse argumento, veja-se o que diz Millenson (1967, ps. 399 e 400) sobre um experimento em laboratório a respeito dos efeitos da punição:

“A supressão temporária do comportamento produzida pela punição pode ser facilmente demonstrada no laboratório, onde suas características quantitativas podem ser apuradas. Num dos primeiros experimentos de Skinner (1938), ratos famintos foram treinados a pressionar uma barra que produzia alimento num esquema de reforçamento em Intervalo Fixo. A pressão à barra foi então extinta, retirando-se o alimento. Alguns dos ratos foram punidos durante os 10 primeiros minutos de extinção. A punição foi na forma de um tapa forte nas patas dianteiras, liberados pela própria barra, depois de cada pressão. O tapa consistia de um movimento inverso rápido e forte da barra, provocado por um martelo que nela batia após cada pressão. O efeito desses 10 minutos de tapa pode ser visto, comparando-se os processos de extinção de dois grupos de ratos. Está bem claro que os tapas reduzem imediatamente o responder para bem abaixo de sua taxa normal de extinção. Após os 10 minutos

comportamentos. Como já explicitado, o que ocorre é apenas a supressão imediata do comportamento (SKINNER, 1938, p. 154). Ressalte-se que a supressão depende, contudo, da força e da duração da punição. É sabido que, ainda que a punição seja muito intensa, uma vez que ela chegue ao fim, o comportamento reprimido eventualmente ressurgirá (MILLENSON, 1967, p. 400).

Repare que, se um comportamento é punido, possivelmente é indesejado porque há algum reforço em fazê-lo. Tomem-se as proibições penais, como exemplo. A proibição de furto é punida porque a incorporação de bens ao patrimônio sem que haja contrapartida é um reforçador positivo para o criminoso. Se não houvesse o reforçador, não haveria razão para a existência do comportamento, e este seria, então, extinto (SKINNER, 2003, p. 200).

É o caso de perguntar aos professores porque os alunos que colam são sempre os mesmos. Comumente, ouve-se que tal aluno não toma jeito. Curiosamente, o mesmo ocorre com os juizes e os infratores penais – a reincidência é figura comum no Direito Penal, e os juizes conhecem os réus pelo nome, demonstrando familiaridade com os reincidentes.

Utilizemo-nos o seguinte exemplo para ilustrar o que se diz neste artigo. A Tabela 1 ilustra a situação da reincidência penal no Brasil.

UFs da amostra	Processos válidos	Não reincidentes	Reincidentes
AL, MG, PE, PR e RJ	817	618	199
%	100	75,6	24,4¹

Tabela 1. Número de apenados, não reincidentes e reincidentes.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013.

Nota: ¹Refere-se à média ponderada por estado.

de tapas a taxa de respostas permaneceu, no primeiro dia, bem abaixo daquela dos ratos não punidos. Esta supressão de resposta é um resultado típico da punição e é uma especificação parcial dos efeitos emocionais da punição. Até agora, os resultados confirmam nossa expectativa sobre a punição – ela suprime o comportamento e tem efeito imediato. No segundo dia de extinção, todavia, o grupo punido respondeu mais rapidamente que o grupo não punido, de modo que, no fim de dois dias, o número total de respostas de pressão à barra em extinção, para os dois grupos, era o mesmo.

Somos forçados a concluir que a punição leve, tal como um tapa nas patas durante alguns minutos, não suprime permanentemente o processo de extinção operante; simplesmente adia-o. Fosse nosso desejo eliminar a pressão à barra completamente, não poderíamos usar esse procedimento, já que seu efeito é transitório.”

Observe que a pesquisa acima, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea a pedido do Conselho Nacional de Justiça – CNJ refere-se apenas à reincidência legal, o conceito exarado nos artigos 63 e 64 do Código Penal pátrio. Assim, para a pesquisa, reincidente é todo aquela que volta a ser condenado no prazo de cinco anos após o cumprimento da pena anterior.

Outras pesquisas indicam números mais preocupantes sobre a reiteração criminal, levando em conta não apenas a reincidência do Código Penal, mas o retorno aos presídios ou ao sistema de justiça. A Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, por seu turno, divulgou pesquisa indicando que, entre os anos de 2001 a 2013, 69%¹⁵⁸ dos criminosos, no Estado de São Paulo, voltaram a cometer infrações penais. Essa pesquisa indica número mais preocupante e não se restringe ao conceito legal de reincidência criminal, bastando que o sujeito apareça em um Boletim de Ocorrência posterior para indicar a reiteração.

Os dados corroboram a hipótese testada por Skinner (1938, p. 154). A despeito de punições severas (no caso, a restrição da liberdade), a punição não alcança o resultado esperado, já que não é capaz de extinguir o comportamento dos sujeitos, apenas retardando-o ou inibindo-o temporariamente. Uma ressocialização dependerá de políticas públicas adequadas, notadamente com o uso de técnicas de reforço positivo para o controle comportamental dos infratores.

Ademais, Skinner (2003, ps. 198 e 199) tece duras críticas à punição, reconhecendo ser um comportamento que tem início em âmbito familiar. Diz o autor:

A técnica de controle mais comum da vida moderna é a punição. O padrão é familiar: se alguém não se comporta como você quer, castigue-o; se uma criança tem mau comportamento, espanque-a; se o povo de um país não se comporta bem, bombardeie-o. Os sistemas legais e policiais baseiam-se em punições como multas, açoitamentos, encarceramento e trabalhos forçados. O controle religioso é exercido através de penitências, ameaças de excomunhão e consignação ao fogo do inferno. (...) No contato pessoal diário controlamos através de censuras, admoestações, desaprovações, expulsões. Em resumo, o grau em que usamos punição como uma técnica de controle parece se limitar apenas ao grau em que podemos obter o poder necessário. Tudo isso é feito com a intenção de reduzir tendências de se comportar de certa maneira. O reforço

¹⁵⁸ Dados da Coordenadoria de Análise e Planejamento (CAP) da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

estabelece essas tendências; a punição destina-se a acabar com elas.

Ainda, Skinner pontua que, a longo prazo, a punição, ao contrário do reforço, funciona com desvantagem, tanto para o “organismo punido quanto para a agência punidora” (2003, p. 199). Reconhece o autor que os estímulos aversivos necessários “geram emoções, incluindo predisposições para fugir ou retrucar, e ansiedades perturbadoras” (2003, p. 199).

Dados empíricos (SKINNER, 1938, p. 154) apontam que a efetividade da punição vai de encontro ao que expõe Bobbio (2001, p. 161), ao inferir que “não há dúvida de que o principal efeito da institucionalização da sanção é a maior eficácia das normas relativas”.

Essa visão de Bobbio, entretanto, parece ter sido por ele superada quando reconheceu a tendência atual em adotar as técnicas que chamou de encorajamento, em substituição à punição, seja por seus efeitos negativos, seja pela falta de efetividade das técnicas ditas repressivas.

4. O ORDENAMENTO JURÍDICO E O DIRETO REFORÇADOR

A tradição do Direito e de seus principais conceitos exerce uma influência sobre a legislação e como ela é construída, especialmente a legislação vindoura, aquela a que se está a elaborar. É incontestável a força da tradição sancionatória do Direito e, infelizmente, as técnicas alternativas de controle comportamental, além de exigirem uma melhor compreensão do comportamento humano, requerem também um tipo diferente de poder governamental (SKINNER, 1938, p. 376).

Ainda que existam casos de sucesso no Direito, como o legislador prioriza o uso da punição, a utilização de técnicas alternativas de controle é bastante incipiente. Entretanto, pode o Estado utilizar-se, como já demonstrou fazer, de técnicas de controle econômico (SKINNER, 2003, p. 418) para orientar o comportamento – seria o subsídio ou o bônus consubstanciado em reforço positivo ou a isenção fiscal consubstanciada em reforço negativo. Assim, seriam os cidadãos orientados a agir legalmente ao invés de serem desencorajados a agirem ilegalmente.

Embora seja um desafio, a orientação normativa para a recompensa tem consequências benéficas sobre a população e ainda tem a seu lado uma maior probabilidade de gerar inclinação para o comportamento que se quer controlar a partir de consequências reforçadoras (DIMOULIS, 2003, p. 73).

Na teoria, todo comportamento que pode ser punido também pode ser reforçado. Por exemplo, ao prever uma norma penal, o Direito indica o comportamento proibido. Pois bem, veja que quem se comporta de maneira antijurídica será punido; entretanto, quem se comporta de acordo com o ordenamento jurídico simplesmente não tem consequências positivas reforçadoras que o motivem a continuar assim.

O Estado poderia utilizar-se do controle econômico com a finalidade de prevenir comportamentos indesejados. Seria uma equação similar à “não roube e receberá uma recompensa financeira” ou à “tenha conduta ilibada e terá desconto no imposto de renda” ou ainda à “não fale ao celular ao dirigir e receba uma recompensa financeira”.

Socialmente, essa fórmula pode, *ab initio*, causar estranheza a parcela da população. É comum ouvir de indivíduos que agir conforme o Direito não é nada além de “fazer mais do que a obrigação”. Sidman (2010, p. 81) expõe que “raramente invocamos justiça como uma razão para dar alguma coisa boa para alguém que tenha se comportado bem”. Ao contrário, recebe-se a punição por agir mal, o que faz com que a justiça seja atrelada ao conceito de punição. Pune-se para que seja feita justiça. Mas nunca se faz *justiça* com quem está de acordo com a lei e com o ordenamento jurídico. A estes não lhes são dado nada porque apenas cumprem com suas obrigações.

A fim de tentar verificar, em tese, a ideia do controle financeiro de comportamento, na fórmula apresentada acima, usar-se-á emprestado (SIDMAN, 2010, os. 272 e 273) o seguinte exemplo: a polícia distribui notificações de multas aos motoristas que são flagrados dirigindo em alta velocidade, ultrapassando em sinal vermelho, dirigindo sem cinto de segurança, dirigindo ao celular, transportando crianças de maneira inadequada ou mesmo dirigindo nas estradas com faróis apagados.

Pergunta-se o que aconteceria se, ao invés da punição, a polícia distribísse dinheiro, ou mesmo ingressos gratuitos para eventos esportivos, filmes, teatros ou outras atrações para o motorista que respeitou o limite de velocidade, não cruzou sinal vermelho, que dirigiu com cinto e não foi flagrado ao celular?

A princípio, a ideia parece impraticável. Mas veja que não é necessário reforçar positivamente todos os motoristas flagrados por atuarem “dentro da lei”. Bastaria distribuir a recompensa a alguns motoristas, ocasionalmente, para que o comportamento se solidifique (SIDMAN, 2010, p. 273).

Embora possa parecer duvidoso, a ciência do comportamento conta com farta experiência laboratorial para acreditar que o reforço positivo por “manter-se dentro da lei funcionaria em muitos casos tão efetivamente quanto o atual sistema de esperar até que a lei seja violada para então punir” (SIDMAN, 2010, p. 273). Além do mais, há evidência de que o reforço positivo da conduta desejada reduz a necessidade de punição para as ações indesejáveis.

Mas não é só essa a vantagem do uso do reforço positivo no lugar da punição. Há outras consequências a se considerar. Veja, inicialmente, tomando o mesmo exemplo, que os carros de polícia deixariam de ser vistos como sinal de medo e apreensão – e passariam a significar a possibilidade de encontros amistosos e gratificantes entre a polícia e os administrados, um sinal de que não há o que temer (SIDMAN, 2010, p. 273).

O desafio que se lança é transpor esse raciocínio para todas as áreas de interação entre o Estado e a sociedade, utilizando-se do Direito como instrumento de pacificação social. É, também, de muita valia, levar esse mesmo raciocínio às relações internas da própria sociedade, reguladas pelo Direito.

Na legislação brasileira há exemplos de sucesso na utilização do reforço positivo, como o exemplo da Nota Fiscal Paulista¹⁵⁹. Criado para combater a sonegação fiscal no varejo, o programa conta com a bonificação financeira (crédito em conta corrente, inclusive) para quem declarar o CPF no ato da compra.

¹⁵⁹ Lei 12.685/07, de 28 de agosto de 2007.

Quanto mais informa o CPF em suas compras, mais créditos o indivíduo recebe, o que reforça o seu comportamento de sempre informar o seu CPF no ato de uma compra. Dessa forma, o governo utilizou-se da população para fazer às vezes de fiscal da receita e, além de inibir a sonegação, ainda mobiliza a população a atuar a seu favor.

Na prática, o governo abre mão de 20% da receita arrecadada com o ICMS, mas por outro lado, aumentou o valor de arrecadação da receita bruta de impostos¹⁶⁰, fechando uma equação que não lhe trouxe prejuízo e ainda diminuiu o percentual de tributação cobrado dos contribuintes, com estímulo de ações voltadas à agir de acordo com o ordenamento jurídico.

A repercussão do Programa Nota Fiscal Paulista foi positiva ao ponto de servir como precursor de programas semelhantes instituídos por outros estados da federação, a exemplo da Nota Legal, no Distrito Federal, o Nota Fiscal Goiana, em Goiás, o Nota Carioca, no Rio de Janeiro e o Nota Paraná, no Paraná.

Além de exemplos reais de leis vigentes no Brasil, vale a pena destacar discussões legais no legislativo. Tramita hoje no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 362¹⁶¹, de 2015. Referido Projeto de Lei trata do Programa de Proteção ao Denunciante (*Whistleblower*) e prevê bonificação financeira (art. 3º, § 4º; Art. 4º, § 1º, III), além de outros mecanismos de reforço positivo, como prêmio, concessão de medalhas, diplomas de honra ao mérito, condecoração e elogio (Art. 4º, § 1º, I) e até mesmo promoção na carreira (Art. 4º, § 1º, II).

¹⁶⁰ Aumento de arrecadação de ICMS nos setores da economia com a Nota Fiscal Paulista (em %, no primeiro ano do programa):

Setores	Aumento %	Setores	Aumento %
Restaurantes	19,4%	Material de Construção	22,8%
Padarias e Bares	19,4%	Casa e Escritório	30,2%
Saúde, Esportes e Lazer	17,2%	Vestuário e Calçados	31%
Automóveis	23,4%		

Fonte: <http://www.fazenda.sp.gov.br/publicacao/noticia.aspx?id=775>

¹⁶¹ <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=168793&tp=1>

Na Câmara de Vereadores de Curitiba há, inclusive, um Projeto de Lei (Proposição 005.00215.2015¹⁶²) que, de acordo com a ementa, “incentiva a redução de acidentes por excesso de velocidade no município de Curitiba”.

Compacto, o Projeto de Lei diz que (art. 1º) “será incentivada a redução de acidentes de trânsito por excesso de velocidade através de campanha educativa no Município de Curitiba” e define que o incentivo se dará (§1º do art. 1º) “através da distribuição gratuita de prêmios em dinheiro aos motoristas cadastrados que não cometerem infrações de trânsito previstas no Código de Trânsito Brasileiro, pelo período mínimo de 1 (um) ano”.

Interessante destacar, dessa proposta que ainda tramita no legislativo, a sua justificativa, reproduzida a seguir:

A ideia foi colocada em prática em Estocolmo, após o projeto ter vencido o concurso ‘The Fun Theory Award’, competição da Volkswagen Sueca que premia atitudes sociais admiráveis e com base na diversão.

O objetivo do presente projeto de lei além de conscientizar mais motoristas a dirigir dentro das velocidades máximas permitidas, visa premiar o bom motorista.

Supondo que o prêmio semanal seja de R\$100,00, totalizaria R\$5.200,00 ao longo do ano. A Prefeitura estima arrecadar cerca de R\$55 milhões em multas de trânsito em 2015.

O valor sorteado aos bons motoristas na campanha educativa seria equivalente a apenas 0,01% do valor total arrecadado com as multas, entretanto, a simples possibilidade de bons motoristas ganharem um sorteio de R\$100,00 irá aumentar a quantidade de bons motoristas que andam dentro dos limites de velocidade e esse é o objetivo da proposta.

Recentemente o Estado do Paraná lançou programa para premiação de contribuintes, através do retorno de percentual do ICMS, pelo cadastro do CPF na nota. O sucesso do programa motivou a Prefeitura de Curitiba a lembrar os contribuintes do programa de premiação ‘BOA NOTA FISCAL’ que premia contribuintes que utilizam notas fiscais eletrônicas com descontos no IPTU.

Nesse mesmo sentido, entende-se que a premiação de bons motoristas, utilizando os recursos arrecadados com multas de

¹⁶² Disponível em:

http://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/ProposicaoDetalhesForm.do?select_action=&pro_id=280774

trânsito e que de acordo com as resoluções vigentes devem ser utilizados para a melhoria do trânsito, entende-se que a proposta possui aplicação e terá resultados efetivos para os motoristas que não infringem as Leis de trânsito.

O Projeto de Lei escora-se em um resultado empírico produzido pela cidade de Estocolmo, confirmando as teses da ciência comportamental com base no reforço positivo.

No experimento¹⁶³, um painel luminoso com os dizeres “A loteria do radar de velocidade”, indicava a velocidade do automóvel ao passar por lá. Todos os veículos eram fotografados e tinham a velocidade indicada no painel. O painel não punia os motoristas que passavam com velocidade acima do permitido, apenas mostrava a velocidade em vermelho. Aos que passavam com velocidade igual ou menor do que a permitida, o painel piscava indicando que o condutor comportou-se de maneira adequada. Além disso, algumas vezes o painel indicava um prêmio para o motorista que passou dentro dos limites de velocidade.

Quando o painel indicava o prêmio, pouco tempo depois o motorista recebia uma notificação em casa, com um prêmio em dinheiro e a informação de que fora sorteado na “loteria do radar de velocidade”. No local, a velocidade média baixou de 32km/h para 25km/h, após o experimento.

Infelizmente, essa experiência ainda não foi posta em prática no Brasil, posto que o PL ainda não foi votado na Câmara de Curitiba. Entretanto, assim como algumas outras propostas pontuais, indica que o legislador não quer operar tão somente com o Direito punitivo, mas visa também utilizar-se de ferramentas para estimular e premiar o bom comportamento na sociedade.

Verifica-se que não basta apenas garantir prêmios, mas também fornecer os meios financeiros para que esses prêmios sejam possíveis. Tanto as experiências de nota fiscal como as proposições legislativas aqui referidas (*whistleblower* e premiação no trânsito) tomam esse cuidado. Utilizam o recurso oriundo da prática antijurídica para pagar o comportamento ao qual se pretende reforçar na sociedade.

¹⁶³ Vídeo explicativo do experimento disponível em: <https://youtu.be/iynzHWwJXaA>

Especificamente quanto ao trânsito, ainda que em termos financeiros custe mais do que se arrecada com multas, é de se perguntar se esse gasto compensaria eventual economia com o sistema de saúde e com o sistema da justiça, já que, acredita-se, com a redução das infrações, reduzir-se-iam¹⁶⁴, por consequência, as demandas por saúde e de administração da justiça.

Apesar de ponto sensível e crucial para a utilização de técnicas de encorajamento, a questão das finanças públicas não terá grande atenção nesta análise, posto que se esteja focado em despertar o uso do Direito como indutor de comportamentos socialmente desejados por meio do reforço e da bonificação. Uma vez pacificado este entendimento, certamente a discussão sobre como operacionalizar sem comprometer as finanças públicas será oportunizada.

Pois bem, tomaram-se aqui emprestado os fundamentos da psicologia comportamental para explicar porque o Direito deve incorporar à legislação técnicas por ele denominadas de “encorajadoras”, com a finalidade de motivar os administrados a agir conforme a lei, premiando quem se comporta de acordo com o que dispõe o ordenamento jurídico. Essa ideia, apesar de ainda incipiente, indica que a sociedade começa a traçar um caminho diferente para o Direito.

Essa mudança de paradigma foi observada por Norberto Bobbio (2007, p. 13), quem reconhece que:

no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem se forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função *promocional* (grifo do original).

Ainda é cedo para afirmar categoricamente sobre a mudança de paradigma na elaboração das leis, mas a sociedade parece emitir sinais suficientes do

¹⁶⁴ [http://www.cetsp.com.br/noticias/2015/10/29/cet-preve-que-r\\$-6,2-milhoes-sejam-economizados-com-reducao-de-acidentes.aspx](http://www.cetsp.com.br/noticias/2015/10/29/cet-preve-que-r$-6,2-milhoes-sejam-economizados-com-reducao-de-acidentes.aspx)

http://www.detran.ac.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=869:investimentos-no-transito-diminuicao-dos-acidentes-e-nos-gastos-com-a-saude-&catid=11:noticias&Itemid=86

esgotamento do modelo baseado quase que exclusivamente na punição, tendendo, agora, a focar-se em um modelo voltado ao reforço positivo.

5. CONCLUSÃO

Sabendo que a ideia da ausência de controle é ilusória (SIDMAN, 2010, p. 247), deve a sociedade refletir sobre qual tipo de controle deseja – se o controle pela recompensa ou se o controle pela punição.

É imperial compreender reforço positivo como a prática de recompensar pessoas não por deixá-las fugir da punição, mas sim por estimulá-las e permiti-las produzirem algo bom.

Esse ponto é reforçado por Murray Sidman (2010, p. 22). O autor defende a punição como um tratamento de *ultima ratio*, nunca como a primeira opção de tratamento. Prega que (2010, p. 22) “usar ocasionalmente punição como um ato de desespero não é o mesmo que advogar o uso da punição como um princípio de manejo do comportamento”.

Insiste o autor que (SIDMAN, 2010, p. 31):

Com a vantagem das condições controladas do laboratório, fomos capazes de ver claramente como coerção e conduta estão relacionadas, de modos não imediatamente aparentes, fora do laboratório. É impossível fugir da conclusão de que se os efeitos da coerção fossem com certeza amplamente compreendidos ela não mais seria o método preferido para influenciar os outros, não importa que chamemos essa influência de educação, disciplina, aplicação da lei, governo, diplomacia, relações humanas ou terapia. Em cada uma dessas áreas, e em outras também, vemos a nossa volta evidência esmagadora de que as consequências da coerção não são de modo algum compreendidas.

Pois bem, deve-se ainda analisar uma questão do Direito. Diz-se que uma das funções das sanções é educativa e outra é preventiva, justificando-se, dessa forma, a razão para as punições. Assim, diz-se que um indivíduo punido seria um exemplo capaz de tornar menos provável que esse mesmo indivíduo se comporte mal no futuro, e ainda que outros indivíduos sejam desencorajados de comportamentos semelhantes.

Esse raciocínio contrasta com a evidência oriunda da ciência comportamental. Ainda que a punição atinja o seu objetivo imediato, a longo prazo, estará fadada ao fracasso (SIDMAN, 2010, p. 18). Ainda que seja possível coagir pessoas a partir da punição ou da simples ameaça de punição, essa simples coação é o começo de um desengajamento pessoal, uma maneira de desencorajar o indivíduo a colaborar de bom grado, ocasionando, como consequência, “hostilidade” e “rebelião” (SIDMAN, 2010, p. 18).

Skinner (1938, p. 373) reconhece que a punição é “ineficaz simplesmente como um meio de tornar o comportamento menos provável”. A despeito disso, reconhece (1938, p. 374) também que compreender essa ineficácia geraria uma mudança fática na forma como é estruturado o Direito, não sendo essa uma missão trivial, apesar de possível.

Entretanto, e a partir desse ponto, propõe-se não a exclusão da sanção normativa, mas uma reformulação prática para que o Direito reconheça e utilize, em larga escala, a recompensa – no caso, trabalhar com leis que tenham como consequência um evento reforçador, seja ele um reforço positivo ou um reforço negativo (BOBBIO, 2007, p. 02), embora o reforço positivo seja aquele com melhores condições de criar, de manter e de estimular comportamentos.

Ao reconhecer o “emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento”, o professor Norberto Bobbio (2007, p. 02), revisitando seus próprios conceitos a respeito da função sancionatória do Direito, reconhece ser “indubitável que essa inovação coloca em crise algumas das mais conhecidas teorias tradicionais do Direito, que se originam de uma imagem extremamente simplificada do Direito”.

Obviamente, a punição não é a origem de todos os problemas do mundo, tampouco o reforço positivo seria a solução para todos eles, mas a estimulação de comportamentos por meio do reforço positivo é uma solução possível e viável de se introduzir em qualquer ordenamento jurídico, com maior potencial para atingir aos fins legais dispostos na norma jurídica.

Com esse raciocínio é que estadistas, parlamentares, juízes e operadores do Direito devem analisar a situação dos indivíduos comportamentalmente, em busca de alternativas que não a punição. Embora seja um caminho alternativo e pouco utilizado no Direito, certamente o reforço positivo tem potencial para ser um método mais eficaz de solução dos principais problemas sociais.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, J. C de. **Análise Comportamental do Direito: Uma abordagem do Direito como ciência do comportamento humano aplicada.** In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 34.2, jul./dez. 2014.

AGUIAR, Júlio César de; TABAK, Benjamin Miranda. **Análise Comportamental do Direito: Ideias Básicas.** Manuscrito submetido à publicação.

BAUM, William M. **Compreender o Behaviorismo: comportamento, cultura e evolução.** 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito.** 1ª ed. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica.** 1ª ed. Bauru: EDIPRO, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e normas do Direito; sujeito de Direito e fatos jurídicos; relações entre Direito, justiça, moral e política; Direito e linguagem.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MILLENSON, Jock R. **Princípios de Análise do Comportamento.** Brasília: Coordenada-Editora, 1967.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito.** 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SIDMAN, Murray. **Coerção e suas Implicações.** 1ª ed. Campinas: Livro Pleno, 2009.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito.** 6ª ed. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2013.

SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e Comportamento Humano.** 11º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SKINNER, Burrhus Frederic. **The Behavior of Organisms: an experimental analysis.** 1ª ed. Oxford, England: Appleton-Century, 1938.

TODOROV, João Cláudio. **Laws and the Complex Control of Behavior.** In: *Behavior and Social Issues*, 14, os. 86-91. Brasília: 2005.

UNICIDADE ONTEM E HOJE: TENSIONAMENTO ENTRE LIBERDADE SINDICAL E AUTONOMIA DOS TAXISTAS NO DISTRITO FEDERAL

UNICITY BEFORE AND NOW: THE CONFLICT BETWEEN TRADE UNION FREEDOM AND THE AUTONOMY OF TAXI DRIVERS IN BRAZIL'S FEDERAL DISTRICT.

Dionata Luis Holdefer

SUMÁRIO

Introdução; 1 Direito coletivo do trabalho, democracia e unicidade sindical; 2 Pesquisa de campo junto aos taxistas no Distrito Federal; 3 Tensionamento entre a almejada liberdade sindical e a opinião dos trabalhadores entrevistados; Conclusão; Referências; Anexos.

RESUMO

O presente trabalho busca compreender os argumentos que subsidiaram a manutenção do princípio da unicidade sindical no ordenamento jurídico – sobretudo na Constituição da República de 1988 – e examiná-los sob a ótica do trabalhador, com base em uma pesquisa empírica, exploratória e quantitativa. Pretende-se testar a hipótese da problemática com a opinião dos taxistas do Distrito Federal sobre a liberdade sindical (em especial, sobre a unicidade sindical) e avaliar as alternativas propostas pelo Direito para que a autonomia de vontade dos trabalhadores seja respeitada. Dividido em três partes, o artigo esboça, na primeira, o entendimento doutrinário sobre a unicidade sindical amplamente discutida na Assembleia Nacional Constituinte (1987) e adotada pela atual Carta Política; a segunda parte apresenta a metodologia utilizada na pesquisa de campo realizada junto aos taxistas do Distrito Federal, bem como analisa os seus resultados; a terceira expõe o tensionamento verificado entre a liberdade sindical e a opinião dos profissionais entrevistados. Ao final, são apresentadas medidas que podem ser implementadas pelo Estado brasileiro visando garantir a plenitude da liberdade sindical, em compasso com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Coletivo de Trabalho; Liberdade Sindical; Unicidade *versus* Pluralidade Sindical; Autorizatários e Motoristas Auxiliares de Táxi do Distrito Federal; Controvérsias.

ABSTRACT

This paper seeks to understand the arguments that supported the maintenance of the principle of trade union unicity in the Brazilian legal system, especially in the Brazilian Constitution of 1988, and to examine them from the worker's perspective, based on empirical, exploratory and quantitative research. It is intended to test the hypothesis of the problem based on the opinion of taxi drivers of the Federal District on freedom of association (in particular, on trade union unicity) and evaluate the alternatives proposed by law so that workers' autonomy of will is respected. Divided into three parts, the article outlines, in the first part, the doctrinal understanding on trade union unicity widely discussed in the National Constituent Assembly of Brazil (1987) and adopted by the current Constitution; the second part presents the methodology used in the field research conducted with taxi drivers of the Federal District, as well as analyze the results; the third one exposes the tension between trade union freedom and the opinion of the interviewed professionals. At the end, the paper suggests possible measures that could be implemented by the Brazilian State in order to provide full freedom of association, in accordance with the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention of 1948 (n. 87), adopted by the International Labor Organization (ILO).

KEYWORDS: Collective Labor Law; Freedom of Association; trade union Unicity versus trade Union Plurality; Autorizatórios and Auxiliary Drivers of Taxi of the Distrito Federal; Controversies.

INTRODUÇÃO

Conforme dispõe a Constituição da República de 1988, a liberdade sindical é um princípio que deve orientar toda a estrutura sindical brasileira. Fundada na independência, autonomia e capacidade do trabalhador, esta liberdade repousa na ideia de supressão de barreiras ao acesso e à criação de novas entidades sindicais, de eliminação de qualquer ingerência estatal.

O presente trabalho tem como premissa aferir se a unicidade sindical abraçada pela Constituição Federal atende ao preceito maior adotado pela própria Carta Política: a liberdade sindical como um direito fundamental do homem.

Para tanto, subsidiado pela legislação e doutrina atualizadas, opinião de especialistas da área em referência, como Ricardo Lourenço Filho e Cristiano Paixão, e resultados da pesquisa de campo realizada, o estudo busca responder à seguinte problemática: qual o posicionamento dos autorizatórios e motoristas auxiliares de táxi do Distrito Federal acerca da unicidade sindical acolhida pelo legislador constituinte de 1988? A fim de preservar a autonomia da vontade, qual a solução que o direito oferece a esses trabalhadores?

Com vistas ao alcance do objetivo proposto, dividiu-se o artigo em três partes, onde a primeira tece, em linhas gerais, considerações sobre o objeto do Direito Coletivo do Trabalho e a garantia à liberdade sindical, estampada no bojo da Constituição Federal, art. 8º. Esboça a celeuma entre juristas e importantes sindicalistas durante a Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1987, quando se debatia o texto da nova (atual) Carta Política. O forte embate tinha como pano de fundo a contradição apresentada pelo legislador constituinte que, de um lado, alçaria a liberdade sindical ao patamar de mandamento nuclear e, do outro, imprimiria a limitação ao seu exercício, ao estabelecer a unicidade sindical.

A segunda parte reserva-se à análise da metodologia aplicada à pesquisa de campo realizada com 98 taxistas do Distrito Federal, em outubro do corrente ano. No mesmo espaço, contextualiza a categoria profissional e o sindicato representativo, no âmbito distrital, dos taxistas e motoristas auxiliares entrevistados – o Sinpetáxi. Examina os dados colhidos e a sua relação com o tema em apreço.

A terceira e última parte retoma o objeto do estudo para estabelecer um contraponto entre o que entende a comunidade jurídica sobre a liberdade *versus* unicidade sindical e a opinião dos autorizatórios e motoristas auxiliares de táxi consultados. Propõe alternativas para superação da unicidade sindical, dentre elas a ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção 87 da OIT, documento internacional que entende como violação ao princípio da liberdade sindical qualquer medida governamental que crie restrições à atuação sindical. Ao final, são discutidas as hipóteses à problemática encontrada.

1 DIREITO COLETIVO DO TRABALHO, DEMOCRACIA E UNICIDADE SINDICAL

O Direito Coletivo do Trabalho representa uma subdivisão do Direito do Trabalho¹⁶⁵ e tem como finalidade regular as relações trabalhistas sob o enfoque das relações coletivas entre empregados e empregadores, ou, como enuncia Maurício Godinho Delgado, relações inerentes à autonomia privada coletiva¹⁶⁶.

Desta relação transindividual participam diversos atores, como as entidades sindicais, o Ministério do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho. É da competência do Direito Coletivo do Trabalho a definição de princípios, regras e institutos que possibilitem a existência e o desenvolvimento das entidades coletivas, a exemplo dos sindicatos¹⁶⁷.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88 representou um marco importante para o Direito Coletivo do Trabalho. O sistema truculento e repressivo vivenciado na ditadura militar – com diversos casos de censura e violação a direitos e à liberdade – instigou a luta social pela democracia e, no âmbito trabalhista, fomentou a intensificação dos movimentos paredistas¹⁶⁸. A década de 80 mostrou-se, assim, um período de ruptura, de superação, de alinhamento dos elementos necessários à transição do regime ditatorial-militar para o regime liberal-democrático.

Na seara trabalhista, dentre as diversas lutas dos trabalhadores, a busca pela liberdade sindical teve grande destaque. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, aponta que “o protagonismo dos movimentos de trabalhadores que se afirmavam autonomamente na cena pública (...) permitiu que o tema da autonomia e da liberdade sindical ganhasse inédita expressão”¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Alice Monteiro de Barros aponta a existência de controvérsia na doutrina acerca da autonomia do Direito Coletivo do Trabalho que, tanto na CLT quanto na Constituição Federal, é apresentada ao lado dos direitos individuais dos trabalhadores. A jurista ressalta que, para alguns autores, o nominado Direito Sindical não possui autonomia, sendo totalmente vinculado ao Direito do Trabalho. Abraçam a tese de que o fato de inexistirem princípios direcionadores próprios confirma sua dependência, cabendo-lhes, em alguns temas, os princípios gerais do Direito do Trabalho como um todo. Noutro viés, há os que defendem a sua independência, posto existirem “sujeito, objeto e relação jurídica” próprios. Enquanto o Direito do Trabalho cuida das relações contratuais individuais dos trabalhadores, o Direito Sindical cuida das suas categorias representativas. Pontua-se, contudo, que esta corrente não é a dominante. Nesse sentido: BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 791.

¹⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1423.

¹⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit. p.1427.

¹⁶⁸ Eduardo Garuti Noronha destaca que o número de greves e de “jornadas não trabalhadas” era ascendente no início da década de 1980 – tendo atingido entre 1985 e 1992 um dos maiores níveis de paralisações da história dos países ocidentais –, bem como que esse fato estaria relacionado ao processo de transição política brasileira para a democracia: NORONHA, Eduardo Garuti. Ciclo de greves, transição política e estabilização: Brasil, 1978-2007. Lua Nova. 2009, n. 76, pp. 119. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n76/n76a05>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

¹⁶⁹ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Relações coletivas de trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p. 213.

Desta forma, seguindo preceitos de caráter internacional – conforme Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷⁰ – a afirmação da liberdade sindical foi erigida ao patamar de direito fundamental¹⁷¹; de princípio básico que orienta todo o sistema¹⁷².

Vólia Bomfim Cassar sintetiza este princípio como “a espinha dorsal do Direito Coletivo representado por um Estado Social e Democrático de Direito”¹⁷³.

Contudo, a partir do exame do texto constitucional, notadamente do art. 8º, é possível identificar o que Cristiano Paixão chamou de “sensação de estranhamento, no sentido hermenêutico que esse termo comporta”¹⁷⁴.

Na medida em que o legislador – atento aos reclames sociais – adota a liberdade sindical, ele também – agora orientado por interesses corporativos – mantém e solidifica estruturas já superadas no plano internacional, incompatíveis com a nova ordem democrática. Estamos a falar da unicidade sindical e da contribuição compulsória.

Dessa forma, o constituinte “entregou com uma mão e retirou com a outra”. Cristiano Paixão ilustra bem o cenário:

É como se houvesse uma provocação por parte do texto. O art. 8º enuncia, em seu *caput* e no inciso I, o princípio da liberdade sindical¹⁷⁵. Essa previsão é coerente com a estrutura dos artigos que precederam o art. 8º; é coerente com os arts. 5º, 6º e 7º da mesma Carta Política. Enunciar o princípio da liberdade sindical no contexto brasileiro equivale a dizer que a estrutura sindical acompanha a onda de democratização que levou à Constituição de 1988. Porém, a situação muda quando o leitor chega ao texto do inciso II. Esse texto, especialmente quando lido em contraposição ao *caput* e ao inciso anterior, desperta uma dúvida, gera uma espécie de desestabilização. Esse elemento de “não pertencimento” tem uma explicação: o inciso II seleciona um elemento das estruturas constitucionais pretéritas e ressuscita a unicidade sindical, inserindo-a em um lugar de destaque, ou seja, em meio aos preceitos que informam toda a organização sindical brasileira¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Conforme art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses”. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

¹⁷¹ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos fundamentais e liberdade sindical no sistema de garantias: um diálogo com Luigi Ferrajoli. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 6, n. 6, p. 254, jun. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24477>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

¹⁷² SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Op. cit. p. 233.

¹⁷³ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 1234.

¹⁷⁴ PAIXÃO, Cristiano. A Convenção 87 da OIT no direito brasileiro: caminhos para sua vigência a partir da Constituição de 1988. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 78, n. 2, abr./jun. 2012. p. 49.

¹⁷⁵ Texto: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

¹⁷⁶ Texto: “II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”.

Para Maria Hermínia Tavares de Almeida, “no terreno sindical, a Constituição de 1988 consagrou realidade e fantasia, conservadorismo e mudança”, dando vida a um modelo híbrido, que se situa entre o corporativismo e o pluralismo¹⁷⁷.

Desta forma, não obstante o reconhecimento das inovações introduzidas pela CF/88 – que, para Sayonara Grillo Coutinho, “trouxe importantes fatores de renovação à estrutura sindical, reordenada sob a perspectiva da liberdade e da autonomia¹⁷⁸” – importa a este trabalho a investigação sobre as circunstâncias que conduziram a opção do constituinte pela “permanência renovada de velhos institutos do corporativismo¹⁷⁹”, com especial enfoque à problemática da unicidade sindical.

A propósito, a despeito de a inserção da contribuição compulsória no texto constitucional também configurar uma afronta à liberdade sindical, optou-se – em atenção a questões metodológicas – por não investigá-la no presente trabalho.

Para a correta compreensão da matéria, recomendável uma distinção conceitual entre unidade, unicidade e pluralidade sindical. Amauri Mascaro Nascimento aponta que os termos “unidade” e “unicidade” não são muito claros, na medida em que o seu uso é feito de forma indiscriminada até por doutrinadores. Na visão pragmática do autor, é possível dizer que há um sistema de união sindical espontânea (unidade) e um sistema sindical de união obrigatória por imposição legal (unicidade)¹⁸⁰.

A unicidade sindical, portanto, é apresentada como “a proibição legal da existência de mais de um sindicato representativo por base de atuação”. Já a unidade sindical, como a existência de um único sindicato em decorrência da exclusiva manifestação de vontade do trabalhador, e não de uma injunção estatal.

A pluralidade sindical é, por outro lado, a antítese da unicidade. Representa o permissivo legal para a existência, na mesma base territorial, de mais de um sindicato representativo; ou ainda, da inexistência de base territorial mínima, com permissão para que os trabalhadores escolham livremente qual será o âmbito de atuação do sindicato constituído¹⁸¹.

Superada a problemática conceitual, passa-se a uma breve análise das discussões que precederam a promulgação da nova Carta Política.

Instalada no início de 1987, a Assembleia Nacional Constituinte foi palco de intensos debates. No âmbito das relações trabalhistas, o movimento sindical – achacado pela ditadura militar – buscava sua reorganização. Entoava a necessidade de mudanças.

Todavia, como aponta Ricardo Lourenço Filho “a relação ambígua que as novas lideranças sindicais mantinham com a estrutura impedia que, apesar do forte discurso de mudança,

¹⁷⁷ ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Crise econômica e interesses organizados: o sindicalismo no Brasil dos anos 80. São Paulo: Edusp, 1996. p. 186.

¹⁷⁸ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Op. cit., p. 232.

¹⁷⁹ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Op. cit., p. 232-233.

¹⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 200.

¹⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 216.

fosse desenvolvido um projeto para efetivar uma reforma sindical¹⁸². Eis um prelúdio de que as mudanças só ocorreriam no limite daquilo que atendesse aos anseios do próprio movimento sindical, uma estrutura especialmente corporativista. O que, de fato, ocorreu.

Durante a elaboração da nova Carta Constitucional, as centrais sindicais – especialmente a Central Geral dos Trabalhadores (CGT) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) – ditaram o rumo dos debates e exerceram um importante papel de representação dos trabalhadores e das demais entidades do movimento sindical¹⁸³.

Ambas se manifestaram de forma favorável à liberdade e autonomia sindicais. Entretanto, como destaca Maria Hermínia Tavares de Almeida, as posições eram, em verdade, divergentes e conflitantes¹⁸⁴.

Ricardo Lourenço Filho aponta que a CUT se manifestou em prol da “liberdade absoluta de organização dos trabalhadores¹⁸⁵”. A unidade sindical, na visão da Central, deveria ser fruto de um entendimento construído pelos próprios trabalhadores, portanto, uma “unidade natural”. Jamais imposta pelo Estado, o que significaria uma “unidade legal”. Entoava-se a capacidade de auto-organização dos profissionais, sugerindo a necessidade de um distanciamento da tutela estatal.

Entretanto, a participação da CGT nos debates rumava em sentido diverso; o caminho para a ansiada liberdade e autonomia ganhava novos contornos. Para esta Central, a preservação da unicidade sindical, termo que era corriqueiramente “substituído” por unidade sindical, estava compreendida no âmbito da defesa do trabalhador:

O hino da unidade/unicidade sindical era entoado pela CGT com base em uma perspectiva que, ao fim, negava a liberdade e a autonomia antes proclamadas. A defesa da unicidade (embora se utilizasse a expressão “unidade”) era feita cegamente em contraponto à pluralidade, sem ter em vista a própria ideia de liberdade organizativa plena. A unicidade era justificada pela ameaça, vinda do patronato e do Estado, de fragmentação do movimento sindical¹⁸⁶.

Dentre os atores que engradeceram o debate travado à época, destaca-se Almir Pazzianotto, então Ministro do Trabalho, que em diversas oportunidades se manifestou a favor da autonomia da organização sindical e contrário ao monopólio de representação¹⁸⁷.

¹⁸² LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. *Liberdade sindical: percursos e desafios na história constitucional brasileira*. São Paulo: LTr, 2011. p. 61.

¹⁸³ Em consulta a jornais e periódicos publicados à época da constituinte, é possível notar a intensa participação das referidas centrais sindicais nos debates em torno do Direito Coletivo do Trabalho. Cita-se, a título exemplificativo, a seguinte matéria: CONTAG, CUT e CGT levam milhares. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro. p. 2, 16 jun. 198. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/135235>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

¹⁸⁴ ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Op. cit. p. 183.

¹⁸⁵ LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Op. cit. p. 71.

¹⁸⁶ LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Op. cit. p. 70.

¹⁸⁷ Cita-se, como exemplo: Pazzianotto prega a autonomia sindical. *O Globo*. Rio de Janeiro, p. 3, 1 mai. 1987. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/131617>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

Para Pazzianotto, a Assembleia Nacional Constituinte deveria dar um passo corajoso e assegurar a autonomia de organização e liberdade de participação em detrimento a uma legislação intervencionista, paternalista, corporativista e fascista. A escolha desta última opção, na visão do Ministro, só ocorreria “por hipocrisia, por farisaísmo, por interesses inconfessáveis, um sistema que faz dos sindicatos apêndices do Ministério do Trabalho e dependentes dele¹⁸⁸”.

Na mesma linha, o constituinte Marco Maciel (PFL-PE) apregoava não ser razoável que um modelo concebido e posto em execução em um regime de corporativismo fascista (Carta de 1937) servisse com igual eficácia, tanto à democracia, quanto às autocracias dos últimos 50 anos¹⁸⁹.

Convergindo, o constituinte Luiz Gushiken (PT-SP) foi um pouco mais animoso. Para o parlamentar, a unicidade e o imposto sindical compulsório, ao lado de outras formas de intervenção estatal nos sindicatos, “só foram encontradas na Alemanha de Hitler, na Itália de Mussolini, na Espanha de Franco e em Portugal de Salazar¹⁹⁰”.

Atento à posição ideológica então defendida pela CUT¹⁹¹, o constituinte Luiz Inácio Lula da Silva (PT-SP) propôs uma emenda objetivando o fim da unicidade sindical. A aprovação abriria espaço à “unidade natural” dos trabalhadores, em respeito à sua autonomia. Porém, a proposta foi vencida por outra emenda – de autoria do constituinte Geraldo Campos (PMDB-DF) – que garantia a manutenção do monopólio de representação. Contrariado, Lula manifestou-se de forma enfática: “não existe meia liberdade” e citou, a título exemplificativo, o impacto nefasto da unicidade para os trabalhadores da construção civil de São Paulo:

São 200 mil trabalhadores obrigados a se submeterem (sic) a apenas um sindicato. Esse sindicato tem dois mil associados e, na última eleição, votaram pouco mais de mil trabalhadores. Esse sindicato é representativo dos 200 mil trabalhadores? Temos que deixar a organização sindical livre para que os trabalhadores possam buscar sua unidade, não pela lei mas pelo convencimento da sociedade. A emenda Geraldo Campos diz que é livre a associação sindical, mas depois diz que só pode ter um sindicato por categoria. Que liberdade é essa?¹⁹²

No lado oposto, o constituinte Mário Lima (PMDB-BA), então líder do Sindicato dos Petroleiros da Bahia, defendia a manutenção – agora com *status* constitucional – da unicidade sindical. Para o parlamentar, a aprovação da pluralidade poderia causar o risco de

¹⁸⁸ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas das Comissões – suplemento ao n. 91, p. 232. apud LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Op. cit. p. 80.

¹⁸⁹ MACIEL, Marco Antônio de oliveira. Os sindicatos e a nova Constituição. *Folha de São Paulo*. São Paulo. p. a3, 5 fev. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/123864>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

¹⁹⁰ Carta mantém a unicidade sindical. *O Globo*. Rio de Janeiro, p. 6, 2 mar. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/126384>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

¹⁹¹ Faz-se aqui uma pequena observação. A despeito de defender o fim da unicidade sindical nos debates que tangenciaram a nova Carta Política brasileira, a CUT recentemente (2005) adotou nova postura acerca deste tema. A direção nacional da CUT passou a defender a manutenção do sindicato único por categoria, desde que condicionado a critérios de representatividade, conforme reportou César Felício em maio de 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/452157>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

¹⁹² Pluralismo sindical proposto por Lula é rejeitado. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, p. 3, 16 out. 1987. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/133340>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

atomização do sindicalismo, ao passo que a unicidade conservaria a força dos trabalhadores. O constituinte alegava que a pluralidade poderia levar à formação de sindicatos por empresas, enfraquecendo o poder de pressão sobre o patronato¹⁹³.

Antônio Oliveira Santos, à época Presidente da Confederação Nacional do Comércio, entoava que “sem unicidade não há democracia”, pois, “a pluralidade permite a desordem¹⁹⁴”.

Tocando na questão da democracia, Yara Sarmiento, então Presidente do Sindicato dos Artistas do Paraná e participante ativa dos debates ocorridos na Assembleia Nacional Constituinte, afirmava que “todo pensamento tem que ser livre na democracia”. Ao ser questionada sobre o sentido da autonomia e da unicidade sindical, foi enfática e contraditória ao mesmo tempo:

O sindicato não pode ser atrelado ao Estado, ao poder público, para que tenha condições de trabalhar com total liberdade. E que haja um sindicato representativo da categoria em cada base territorial e que não haja dois ou três sindicatos defendendo a mesma categoria.¹⁹⁵

O discurso é um disparate. Ao mesmo tempo em que sugere a liberdade e o desprendimento do Estado, deseja a intervenção pública para a manutenção do “monismo sindical”¹⁹⁶. A opção conflita com os ideais de John Locke, que identificava na lei uma proteção contra os arbítrios de outros homens e do próprio soberano:

Em todas as situações de seres criados aptos à lei, onde não há lei, não há liberdade. A liberdade consiste em não se estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas; o que não pode ocorrer onde não há lei: e não é, como nos foi dito, uma liberdade para todo homem agir como lhe apraz. (Quem poderia ser livre se outras pessoas pudessem lhe impor seus caprichos?) Ela se define como a liberdade, para cada um, de dispor e ordenar sua própria pessoa, ações, possessões e tudo aquilo que lhe pertence, dentro da permissão das leis às quais está submetida, e, por isso, não estar sujeito à vontade arbitrária de outra pessoa, mas seguir livremente a sua própria vontade¹⁹⁷.

A unicidade sindical, fulgente violação à autonomia e à liberdade, chegou a ser defendida “como um mecanismo de proteção do trabalhador, que, segundo uma determinada ótica, não seria capaz de decidir por si mesmo sobre sua organização coletiva”¹⁹⁸.

¹⁹³ Organização dos sindicatos divide esquerda e Centrão. *Folha de São Paulo*. São Paulo, p. a6, 1 mar. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/123781>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

¹⁹⁴ Federações defendem a unicidade. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, p. 8, 25 mai. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/106830>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

¹⁹⁵ RIBONDI, Alexandre. Cultura na constituinte. *Correio Braziliense*. Brasília, p. 18, 30 mai. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/131229>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

¹⁹⁶ Expressão cunhada por Amauri Mascaro Nascimento in Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho – relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1283.

¹⁹⁷ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994. p. 50.

¹⁹⁸ LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Op. cit. p. 76.

O trabalhador passou assim a ser tratado como um sujeito incauto, alienado, dependente de uma especial proteção contra seus supostos inimigos, o Estado e o patronato. Como bem resumiu Ricardo Lourenço Filho, “afirmava-se uma liberdade, em nome do trabalhador, para, logo em seguida, negá-la novamente em seu nome”¹⁹⁹.

Verificou-se uma polarização de opiniões e fundamentos que foi mantida até a sessão final, sempre com um número maior defensores da unicidade sindical. Maria Hermínia Tavares de Almeida aponta que “desde o início, os partidários do pluralismo sindical ficaram em minoria”²⁰⁰.

A votação no Plenário da Constituinte – contrariando expectativas da CUT – marcou a vitória esmagadora da unicidade sindical, amplamente noticiada pelos jornais:

O plenário da Constituinte aprovou ontem por 340 votos contra 103 e 42 abstenções a unicidade sindical, tanto para trabalhadores como para patrões. Em votação anterior os constituintes haviam rejeitado por 305 votos contra 148 e 19 abstenções uma outra emenda, resultado de uma fusão de textos propostos pelos deputados Afif Domingos (PL-SP), Paulo Paim (PT-RS), entre outros, propondo a organização de mais de um sindicato por categoria profissional²⁰¹.

Assim, fundada na suposta proteção do trabalhador, a estrutura sindical-corporativista brasileira – construída ainda no governo Vargas (entre 1930 e 1943) – mantém-se praticamente inalterada até os dias de hoje²⁰².

Diante deste fato, questiona-se: qual a opinião dos trabalhadores sobre a liberdade sindical? Seriam eles favoráveis ou contrários à unicidade sindical? E qual a solução que o direito pode oferecer a estes obreiros?

2 PESQUISA DE CAMPO JUNTO AOS TAXISTAS NO DISTRITO FEDERAL

Com o objetivo de compreender a realidade social e confrontar as justificativas formuladas há quase 30 anos – no desenrolar da Assembleia Nacional Constituinte – com o cenário atual, optou-se pela realização de uma pesquisa empírica junto aos trabalhadores, conforme critérios metodológicos a seguir expostos.

2.1 Método de abordagem do problema de pesquisa

Para Antônio Carlos Gil, pesquisa é o procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos, mediante a utilização de métodos científicos. O autor destaca que a pesquisa se desenvolve por um processo

¹⁹⁹ LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Op. cit. p. 86.

²⁰⁰ ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Op. cit. p 181-182.

²⁰¹ RODRIGUES, Nélío. PFL e PL se unem às esquerdas e unicidade sindical é aprovada. *Jornal de Brasília*. Brasília, p. 3, 2 mar. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/126369>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

²⁰² LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Op. cit. p. 52-53.

constituído de várias fases, desde a formulação do problema até a apresentação e discussão dos resultados²⁰³.

Maria Minayo sugere que pesquisa é:

(...) atividade básica da ciência na sua indagação e construção da realidade. É a pesquisa que alimenta a atividade de ensino e a atualiza frente à realidade do mundo. Portanto, embora seja uma prática teórica, a pesquisa vincula o pensamento e ação, ou seja, nada pode ser intelectualmente um problema, se não tiver sido, em primeiro lugar, um problema da vida prática²⁰⁴.

No desenvolvimento do presente trabalho científico, optou-se por uma pesquisa do tipo exploratória, a qual, segundo Gil²⁰⁵, tem como escopo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições. Tal desiderato pode ser alcançado com a utilização de pesquisa bibliográfica, estudo de caso, pesquisa de campo, entrevista com investigados, entre outros procedimentos.

O objeto de estudo constitui uma inquietação do autor acerca da manutenção do modelo de unicidade sindical no Brasil. Os trabalhadores, protagonistas na relação trabalhista, seriam favoráveis ou contrários à adoção desse modelo pelo legislador constituinte de 1988? A fim de preservar a autonomia da vontade, qual a solução que o direito oferece a esses trabalhadores?

A pesquisa tem, pois, o objetivo de aproximar o pesquisador do tema e responder os questionamentos formulados.

Como ponto de partida, definiu-se a seguinte hipótese: os trabalhadores, prezando pela plena liberdade sindical, seriam contrários à escolha feita pelo legislador constituinte de 1988, de manutenção e enrijecimento do modelo de unicidade sindical.

A confirmação ou rejeição da hipótese, por certo, só poderia advir dos próprios obreiros. Assim, com o propósito de testar a hipótese, decidiu-se pela interrogação dos atores sociais e pelo confronto de dados colhidos em pesquisa de campo.

Segundo Elisa Gonsalves,

a pesquisa de campo é o tipo de pesquisa que pretende buscar a informação diretamente com a população pesquisada. Ela exige do pesquisador um encontro mais direto. Nesse caso, o pesquisador precisa ir ao espaço onde o fenômeno ocorre, ou ocorreu e reunir um conjunto de informações a serem documentadas (...) ²⁰⁶.

²⁰³ GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 17.

²⁰⁴ MINAYO, Maria Cecília de Souza. Pesquisa social: teoria, método e criatividade. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 17.

²⁰⁵ GIL, Antônio Carlos. Op. cit. p. 41.

²⁰⁶ GONSALVES, Elisa Pereira. Conversas sobre iniciação à pesquisa científica. Campinas: Alínea, 2001. p. 67.

Para a escolha da categoria profissional, levou-se em conta três aspectos: i) a possibilidade de identificação do número exato de profissionais, a fim de definir uma amostra estatística e fixar conclusões seguras sobre o universo; ii) a facilidade de abordagem e acesso aos entrevistados; e iii) atividade profissional em que o sindicato tem expressividade no cenário local.

Após breve investigação, identificou-se que a categoria profissional dos taxistas, regulamentada em âmbito federal pela Lei nº 12.468/11 e em âmbito distrital pela Lei nº 5.323/14, satisfazia tais requisitos.

O número de profissionais atuantes neste mercado (taxistas autorizatários e motoristas auxiliares) é regulado pelo Estado, sendo possível obtê-lo junto ao órgão regulador. A abordagem aos profissionais em seu ambiente de trabalho é inerente à própria atividade, o que afasta eventual desconforto. Além disso, em razão da essencialidade do serviço prestado (transporte), o Sindicato dos Permissionários de Táxis e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal (Sinpetáxi) mantém-se em constante exposição perante a sociedade, o que denota aparente aceitação pelos profissionais representados.

Após a definição do objetivo, da hipótese e da categoria profissional, verificou-se que a população alvo da pesquisa era legalmente finita, limitada a 10.200 profissionais (3.400 autorizatários e 6.800 motoristas auxiliares). Assim, a fim de identificar o número exato de taxistas em atividade, consultou-se a Secretaria de Estado de Mobilidade do Distrito Federal – SEMOB, que apontou a existência de 5.491 profissionais cadastrados (sendo 3.400 autorizatários e 2.091 motoristas auxiliares)²⁰⁷.

Diante da grandeza do número e da homogeneidade da população, optou-se por realizar a pesquisa a partir de uma amostra estatisticamente definida. Para o cálculo do tamanho da amostra utilizou-se a fórmula de Berni²⁰⁸:

$n = \frac{N}{1 + (N - 1) e^2}$	<p>N = Tamanho da população n = Tamanho da amostra e = erro amostral</p>
---------------------------------	--

Fonte: Berni (2002, p. 173).

Seguindo a fórmula e considerando um erro amostral de 10% (aceitável neste tipo de estudo²⁰⁹), chegou-se à amostra estatística de 98 profissionais. Uma pesquisa com este número de trabalhadores garantiria um nível de confiança satisfatório e permitiria a extrapolação do resultado à população alvo.

²⁰⁷ Inicialmente, o contato e o repasse de informações se deu por meio telefônico. Posteriormente, a fim de garantir um rigor metodológico à pesquisa, em visita ao referido órgão confirmou-se o número de taxistas inicialmente repassado.

²⁰⁸ BERNI, Duílio de Ávila. Técnicas de pesquisa em economia. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 173.

²⁰⁹ Erro amostral – também conhecido como margem de erro – é a diferença entre o valor que a estatística pode acusar e o verdadeiro valor do parâmetro que se deseja estimar (que se obteria se toda a população fosse pesquisada); tal erro resulta de flutuações amostrais aleatórias.

Nessa toada, em razão da natureza da pesquisa e do tamanho da amostra, apurou-se que uma pesquisa quantitativa seria adequada ao propósito do trabalho, pois, segundo João Fonseca,

diferentemente da pesquisa qualitativa, os resultados da pesquisa quantitativa podem ser quantificados. Como as amostras geralmente são grandes e consideradas representativas da população, os resultados são tomados como se constituíssem um retrato real de toda a população alvo da pesquisa (...)²¹⁰.

Ademais, baseando-se na necessidade de posterior tabulação e análise dos dados, decidiu-se pela coleta de dados com a utilização de um questionário padronizado. No magistério de Jorge Lopes “o questionário é elaborado e utilizado em pesquisa de campo para dar apoio ao pesquisador em sua coleta de dados. Deve ser claro, objetivo e de fácil interpretação tanto para o entrevistado como para o entrevistador.”²¹¹

Assim, uma versão inicial do questionário foi elaborada e aplicada a três taxistas como questionário-piloto (anexo 01). Em seguida, formulou-se a versão final com a correção das impropriedades detectadas (anexo 02). Esta versão do instrumento de coleta foi utilizada na pesquisa junto aos 98 taxistas.

As indagações contidas no questionário têm por objetivo elucidar se o profissional:

- manifesta interesse e/ou participa do movimento sindical;
- sente-se representado pelo sindicato da categoria;
- concorda com a possibilidade de reeleição irrestrita dos dirigentes sindicais;
- foi prejudicado com a entrada do Uber no mercado de transporte público individual do Distrito Federal;
- entende que o sindicato defendeu adequadamente os interesses dos taxistas diante da entrada deste novo player no mercado;
- concorda com o modelo de unicidade sindical; e
- na hipótese de a legislação permitir mais de uma entidade sindical, se filiaria a outro sindicato.

Tendo em vista a dinâmica da pesquisa (realizada na rua, em meio à atividade dos profissionais) e a necessidade de compreender com o devido cuidado a manifestação dos trabalhadores, optou-se por utilizar um gravador digital e, mediante autorização do trabalhador, efetuar a gravação das respostas para contribuir na análise.

A coleta dos dados ocorreu no período entre 19 e 30 de outubro de 2016, nos pontos de táxi do Setor Sudoeste, Octogonal, Cruzeiro, Asa Norte, Asa Sul, Taguatinga (Praça do Relógio) e Aeroporto (Núcleo de apoio).

²¹⁰ FONSECA, João José Saraiva da. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: Apostila. 2002. p. 20.

²¹¹ LOPES, Jorge. O fazer do trabalho científico em ciências sociais aplicadas. Recife: UFPE, 2006. p. 241.

Durante a pesquisa de campo, cuidou-se para que não houvesse nenhuma segregação ou direcionamento de público-alvo. As coletas de dados foram feitas de forma livre e de acordo com a disponibilidade dos profissionais nos pontos de táxi.

A utilização do gravador digital resultou na gravação de 698 minutos de entrevista (em meio digital: anexo 03). O produto da pesquisa foi tabulado em uma planilha (em meio digital: anexo 03) e sua análise encontra-se no tópico 2.3 deste trabalho.

2.2 Representação sindical: o impasse verificado na categoria dos taxistas no Distrito Federal

O atual Sindicato dos Permissionários de Táxis e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal (Sinpetáxi) foi constituído em 1963 sob a denominação de Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Brasília (Sindicavir). Seu registro sindical foi outorgado pelo então Ministro de Estado dos Negócios do Trabalho e Previdência Social, em 14 de novembro de 1963²¹².

O objetivo inicial da entidade era representar toda a massa de condutores autônomos no Distrito Federal (taxistas, caminhoneiros e condutores de van escolares). Entretanto, em 1989 e em 1990 foram criados, respectivamente, os sindicatos representativos de condutores de vans escolares e caminhoneiros no Distrito Federal. Deste modo, apesar de à época não ter modificado sua nomenclatura, a partir de então o Sindicavir passou a representar apenas a categoria dos condutores autônomos de táxis no Distrito Federal²¹³.

Sobre a categoria profissional, importa destacar a existência de uma divisão interna em duas classes: i) a dos autorizatários, profissionais que detêm a outorga estatal – sob a forma de autorização – para a prestação do serviço de transporte público individual remunerado de passageiros²¹⁴; e ii) a dos motoristas auxiliares, profissionais que atuam em parceria com os autorizatários. Em alguns casos essa parceria ocorre sob a forma de aluguel irregular da outorga estatal.

A autorização para a prestação do serviço de táxi é ato administrativo unilateral, discricionário e precário da Administração Pública. O número de autorizações no Distrito Federal é limitado a 3.400, todas devidamente numeradas em ordem crescente. Ainda, de acordo com a Lei distrital nº 5.323/14, o autorizatário poderá cadastrar junto ao órgão regulador até dois motoristas auxiliares, o que possibilita a ampliação do número de profissionais em atividade para até 10.200 taxistas.

²¹² A história do Sindicato dos Permissionários de Táxis e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal está disponível para consulta em: <<http://sinpetaxidf.com.br/index.php/2015-12-21-17-50-48>>. Acesso em: 2 out. 2016.

²¹³ Informações retiradas do Relatório constante do Processo Trabalhista nº TST-AIRR-127500-91.2009.5.10.0014.

²¹⁴ A Lei Federal nº 12.468/11, que regulamentou a profissão de taxista, inovou ao modificar o modelo de outorga estatal de permissão para autorização. A partir de então os demais entes modificaram suas legislações de regência. No Distrito Federal a matéria foi regulada por meio da Lei nº 5.323/14. O modelo de permissão vigorou no Distrito Federal até o início da presente pesquisa, em agosto de 2016. Atualmente os taxistas atuam na condição de autorizatários.

Atento a este fato e com o objetivo de melhor representar os interesses dos potenciais 6.800 motoristas auxiliares, foi fundado em março de 1999 o Sindicato dos Taxistas Locatários do Distrito Federal – Sintala.

Esta entidade tinha como bandeira a luta pela emissão de novas autorizações pelo Governo do Distrito Federal, com o objetivo de beneficiar os motoristas auxiliares e dar fim a uma suposta “máfia dos táxis”²¹⁵.

Entretanto, conforme se apurou, o Sintala não conseguiu obter o registro sindical junto ao órgão competente²¹⁶. Inclusive, de acordo com informações repassadas pelos trabalhadores, o responsável pela criação e manutenção do Sintala, Sr. Sandro Heleno Pereira, já não exerce mais esta atividade profissional.

Portanto, a primeira disputa pela representatividade da categoria foi solucionada através da negativa de registro pelo Ministério do Trabalho.

Não obstante, em razão de o Sindicavir supostamente representar os motoristas autônomos de maneira geral – e não especificamente os taxistas –, em outubro de 2003 foi constituída uma nova entidade sindical: o Sindicato dos Taxistas do Distrito Federal – Sintáxi.

Em maio de 2005, o Sintáxi obteve o registro sindical junto ao Ministério do Trabalho para representar a categoria profissional dos taxistas no Distrito Federal²¹⁷.

Diante desse fato, em maio de 2007, após aprovação assemblear, o então Sindicavir alterou sua nomenclatura e passou a se chamar Sindicato dos Permissionários de Táxis e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal – Sinpetáxi. Passou também a atuar ostensivamente em benefício dos taxistas, dando início a uma longa disputa pela representação sindical²¹⁸.

Irresignado com a situação, o Sintáxi ingressou no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região com o Processo nº 01275-2009-014-10-00-5. Em julho de 2009, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, foi determinado que o Sinpetáxi (ex-Sindicavir) se abstinhasse de praticar quaisquer atos em nome da categoria profissional dos taxistas, haja vista que essa prerrogativa era então exclusiva do Sintáxi²¹⁹.

²¹⁵ Conforme exposto na página eletrônica (*weblog*) do Sintala, administrada por Sandro Heleno Pereira. Disponível em: <<http://sandraofala.blogspot.com.br>>. Acesso em 12 nov. 2016.

²¹⁶ Em consulta ao sítio eletrônico do Ministério do Trabalho, foi possível identificar que os processos nºs 46000.007321/00-55 e 46000.004751/01-95 foram atribuídos ao Sintala. Verificou-se ainda que, por não cumprir as exigências legais, a entidade teve seu pedido de registro sindical negado e arquivado.

²¹⁷ BRASIL. Concessão de Registro Sindical com fundamento no Parecer CGRS/DIAN/Nº. 080/2005. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 20 mai. 2005, p. 61. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=61&data=20/05/2005&captchafield=firistAccess>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

²¹⁸ Resultado da Assembleia Geral. Disponível em: <<http://sinpetaxidf.com.br/index.php/2015-12-21-17-50-48>>. Acesso em: 11 de nov. 2016.

²¹⁹ Conforme sentença prolatada em 23-7-2009 pelo MM. Juiz do Trabalho José Gervásio Abrão Meireles, no âmbito da RT n.º 01275-2009-014-10-00-5.

Supreendentemente, houve uma reviravolta no caso. A sentença que apreciou o mérito da causa, prolatada em fevereiro de 2010, reconheceu a inusitada – e ilegal²²⁰ – situação de coexistência de duas entidades sindicais representativas da mesma categoria na mesma base territorial.

Conforme se apurou nos autos, esse fato teve origem na concessão irregular do registro sindical ao Sintáxi, posto que a categoria já dispunha à época de um sindicato representativo (Sindicavir). Assim, amparado nos princípios da unicidade sindical e da antiguidade, o MM. Juiz do Trabalho declarou o Sinpetáxi como legítimo representante dos taxistas no Distrito Federal.

Os recursos manejados pelo Sintáxi não foram providos e a ação transitou em julgado em dezembro de 2015²²¹, dando fim ao segundo impasse sobre a representatividade sindical da categoria. Desta forma, atualmente não há dúvida de que o Sinpetáxi é formalmente o legítimo representante da categoria.

De 1983 até meados 2016, em razão de sucessivas reeleições, o Sinpetáxi foi representado por apenas dois presidentes: o Sr. Manoel Paulo de Andrade Neto (1983-2001) e a Sra. Maria do Bonfim Pereira de Santana (2001-2016). Contudo, recentemente houve uma mudança nesse quadro. Eleito em junho deste ano, o Sr. Suéd Silvio Souza assumiu a presidência do sindicato em 04 de setembro. O novel representante ficará à frente da entidade até 2020.

Após contato com a nova diretoria, foi franqueada a realização de uma entrevista com o Sr. Suéd. Ato contínuo, a entrevista foi realizada em 14 de novembro do corrente ano e registrada em gravação digital²²².

De acordo com informações repassadas na entrevista realizada com o Presidente do Sinpetáxi, dos 5.491 profissionais cadastrados junto à Secretaria de Estado de Mobilidade do Distrito Federal, apenas 1.620 são sindicalizados.

Assim, a despeito de deter o monopólio de representação da categoria, o sindicato representa, de fato, os interesses de menos de 30% dos profissionais atuantes no Distrito Federal. Além disso, vale destaque o fato de que – dos 1.620 filiados – apenas 1.025 participaram das eleições realizadas pela entidade em 2016, o que perfaz apenas 18,6% do número de profissionais da categoria.

Feito essa breve contextualização, passe-se à análise e discussão dos dados colhidos na pesquisa de campo realizada com os 98 taxistas.

2.3 Resultados e discussão

²²⁰ A coexistência de duas entidades sindicais com a mesma finalidade contraria o art. 8º, inc. II, da Constituição Federal, que dispõe sobre o princípio da unicidade sindical.

²²¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 127500-91.2009.5.10.0014. Relator: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Publicado no DJe de 27-11-2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2011&numProcInt=92809&dtaPublicacaoStr=27/11/2015%2007:00:00&nia=6551606>>. Acesso em 10 nov. 2016.

²²² Arquivo de áudio n. 161114_001, constante do anexo 03.

Inicialmente, a hipótese formulada – de que os trabalhadores seriam contrários ao modelo de unicidade sindical – tem por base as orientações e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prega ser direito dos trabalhadores a constituição de mais de uma organização de trabalhadores por empresa, se assim desejarem²²³.

Em relação à pesquisa, os dados foram colhidos exclusivamente com base no questionário formulado. As respostas foram fornecidas no tempo médio de 9 minutos para cada taxista.

Os participantes responderam inicialmente sobre informações relativas ao perfil e, posteriormente, à pesquisa propriamente dita. Por fim, os dados foram tabulados e analisados. As informações geradas constam dos subitens abaixo.

2.3.1 Classificação dos profissionais entrevistados

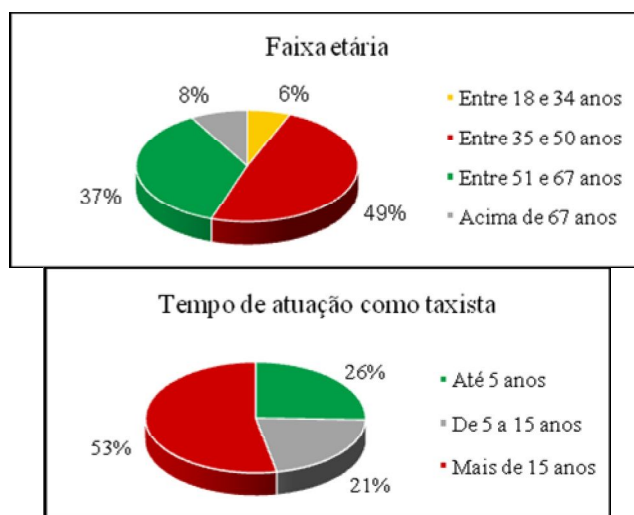


Gráfico 1 – Classificação etária dos profissionais.

Gráfico 2 – Tempo de exercício da atividade.

Fonte: o autor, 2016.

Fonte: o autor, 2016.

Analisando os dados, é possível identificar uma grande concentração de profissionais na faixa etária compreendida entre 35 e 50 anos de idade. Esse grupo foi responsável por 49% das respostas obtidas. O segundo grupo com maior representatividade foi o de trabalhadores com faixa etária entre 51 e 67 anos.

Isso revela que a atividade de taxista não tem se mostrado atraente para o público mais jovem, haja vista que apenas 6% dos entrevistados têm entre 18 e 34 anos. Essa informação é confirmada quando confrontada com o tempo de exercício da profissão. Apurou-se que 53% dos entrevistados atuam como taxista há mais de 15 anos.

Do ponto de vista da pesquisa, estas informações são válidas na medida em que profissionais mais experientes (em idade e tempo de profissão) costumam ter uma posição menos vanguardista. São mais resistentes a mudanças no cenário sindical. Isso ocorre por

²²³ NICOLADELI, Sandro Lunard; FRIEDRICH, Tayana Scheila (Orgs.). O Direito Coletivo, a Liberdade Sindical e as Normas Internacionais. São Paulo: LTr, 2013. p.88. (§ 316).

diversos motivos, como, por exemplo, por terem se acostumado com a representatividade (ou a ausência dela), por desacreditarem em melhorias, ou, ainda, por terem sentimento de gratidão em razão de eventual contraprestação recebida do sindicato, ainda que esta constitua um direito dos filiados.

Ademais, o Sinpetáxi foi gerido pela mesma equipe nos últimos 14 anos. Desta forma, é possível concluir que grande parcela dos entrevistados esteve ativa profissionalmente durante a gestão anterior (2001-2016), podendo emitir sua opinião com razoável segurança.

2.3.2 Interesse e participação no movimento sindical

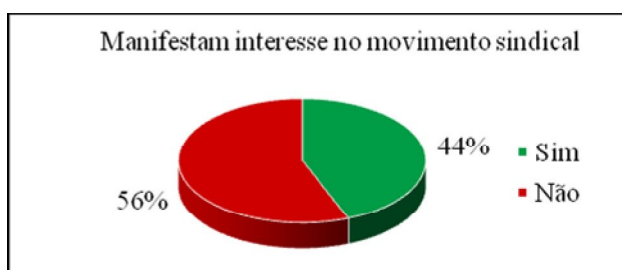


Gráfico 3 – Interesse no movimento sindical.

Fonte: o autor, 2016.

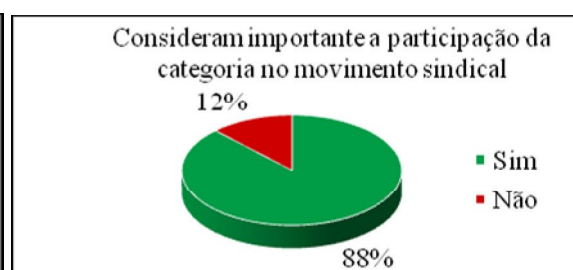


Gráfico 4 – Importância da participação

Fonte: o autor, 2016.

Mais da metade dos profissionais entrevistados declarou não ter qualquer interesse no movimento sindical. O número é significativo e demonstra um distanciamento da categoria para com o sindicato representativo.

É importante destacar que esse fenômeno não é exclusivo desta categoria. O declínio do poder sindical foi observado a nível mundial por Leôncio Rodrigues:

(...) o número de trabalhadores sindicalizados diminuiu em termos absolutos em alguns países e, em outros, aumentou mais lentamente do que o crescimento da força de trabalho. Conseqüentemente, a situação dos sindicatos, em maior número de países, é mais negativa do que parece quando se considera apenas a evolução do número absoluto de associados²²⁴.

Avaliando as gravações, foi possível identificar que o principal motivo para o desinteresse é a alegada falta de seriedade e comprometimento dos dirigentes sindicais com os anseios e necessidades da categoria profissional. Há, no entender dos entrevistados, um nítido conflito entre os interesses dos dirigentes e as expectativas dos representados.

Curioso notar que, paralelamente ao desinteresse revelado, a esmagadora maioria dos profissionais enfatizou ser importante a participação da categoria profissional no movimento sindical. Isso denota que a apatia pode não ser pelo Sinpetáxi, pelo movimento sindical, ou ainda pela luta pelos interesses da categoria, mas sim pela gestão que esteve à frente do sindicato nos últimos anos.

²²⁴ RODRIGUES, Leôncio Martins. Destino do sindicalismo. São Paulo: Centro Edelstein, 2009. p. 15.

2.3.3 Participação no Sinpetáxi

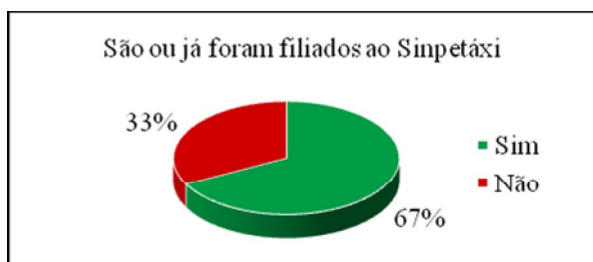


Gráfico 5 – filiação sindical.

Fonte: o autor, 2016.

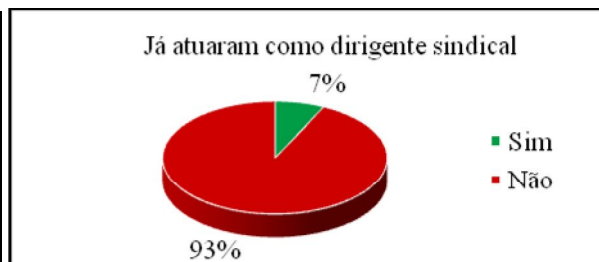


Gráfico 6 – direção sindical.

Fonte: o autor, 2016.

Questionados sobre a participação no Sinpetáxi – na condição de filiado ou de dirigente sindical –, a maioria dos profissionais respondeu integrar ou já ter em algum momento integrado o sindicato na condição de filiado.

É possível verificar que diversos profissionais manifestaram desinteresse no movimento sindical e, contraditoriamente, são ou já foram filiados ao sindicato. Isso pode ter ocorrido por diversos motivos: necessidade de obter documentos emitidos pelo sindicato; importância da assistência jurídica, do guincho, da oficina taximétrica ou de descontos em parceiros comerciais que são colocados à disposição dos filiados, etc.

Ademais, 93% dos trabalhadores apontaram nunca terem atuado na condição de dirigente sindical. Dessa informação podem ser extraídas duas conclusões: i) que os profissionais de fato não têm grande envolvimento com o movimento sindical, a ponto de não se lançarem em campanha eleitoral para ocupar cargo de dirigente; ou ii) que o acesso aos cargos de direção sindical é materialmente adstrito a profissionais que compõe determinado grupo ideológico.

Analisando as gravações, foi possível identificar que os trabalhadores percebem a participação na condição de dirigente sindical como algo distante, restrito a um pequeno grupo que se perpetua à frente do sindicato. Além disso, nota-se que os profissionais não têm interesse em agregar nova responsabilidade – inerente aos cargos de direção sindical – à já extenuante rotina de trabalho, que, em alguns casos, ultrapassa 12h diárias.

2.3.4 Sensação de representatividade pelo Sindicato e Democracia sindical interna

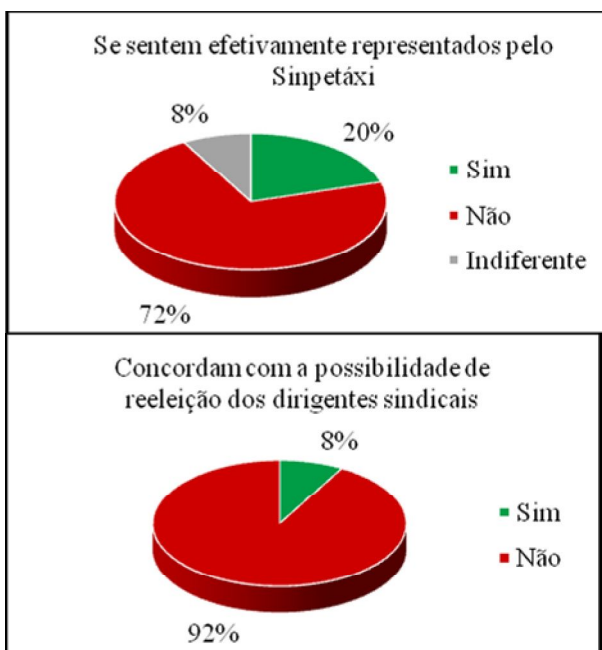


Gráfico 7 – Sensação de representatividade interna.

Fonte: o autor, 2016.

Gráfico 8 – Concordância com a reeleição

Fonte: o autor, 2016.

Questionados sobre o sentimento de representatividade do sindicato, apenas 20% dos trabalhadores apontaram que sim, se sentem de fato representados pelo Sinpetáxi. É importante destacar que foi solicitada a manifestação desconsiderando a transição para a atual gestão, que assumiu o sindicato poucos dias antes do início da pesquisa. Deste modo, a opinião dos profissionais reflete a realidade em relação à gestão anterior (2001-2016).

Interessante observar que a insatisfação da categoria com a gestão do sindicato não foi transportada para as últimas 3 (três) eleições. Mesmo insatisfeitos, os trabalhadores filiados mantiveram a mesma equipe à frente do Sinpetáxi.

Outro ponto de destaque diz respeito à democracia sindical interna. Mais de 90% dos entrevistados manifestaram-se em contrariedade à possibilidade de reeleição irrestrita dos dirigentes sindicais. Vale observar que esta possibilidade está prevista em uma regra interna, no estatuto do sindicato. Compulsando o referido normativo, é possível verificar que com 2/3 (ou seja, 66,6%) dos filiados seria possível modificar tal regra, restringindo a reeleição e solucionando o inconformismo. Portanto, verifica-se esta insatisfação subsiste por exclusiva falta de organização dos filiados.

2.3.5 Sinpetáxi x Uber

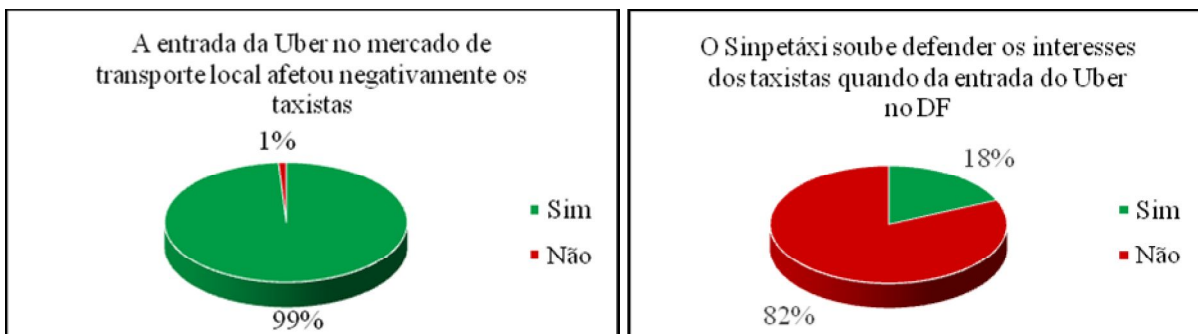


Gráfico 9 – Prejudicialidade da entrada do Uber no DF. Gráfico 10 – Atuação do Sinpetáxi no caso Uber.

Fonte: o autor, 2016.

Fonte: o autor, 2016.

Questionados sobre eventual prejuízo à categoria profissional com a entrada da empresa multinacional Uber no mercado de transporte local, 97 dos 98 trabalhadores apontaram, de forma contundente, que houve prejuízo aos taxistas. Um único profissional manifestou-se no sentido de que o novo cenário não prejudicou os taxistas. Posteriormente, verificou-se – por declaração de taxistas colegas – que este profissional está cadastrado como motorista auxiliar no táxi e, simultaneamente, como motorista da Uber.

Quando questionados sobre a reação do Sinpetáxi à entrada desse novo player no mercado, 82% dos taxistas apontaram que o sindicato não soube atuar de forma tempestiva e responsável. Deixando de agir em prol dos interesses da categoria.

Analisando as gravações, foi possível identificar relatos de que a renda média dos taxistas caiu cerca de 70% após o início da operação da Uber em Brasília. Nesse sentido, percebe-se um descontentamento da maioria dos profissionais com a inércia do sindicato, já que entendem que o cenário atual poderia ter sido modificado. Entretanto, uma parcela dos profissionais reconheceu que, por mais que o sindicato tivesse efetivamente lutado em prol da categoria, a matéria já tinha sido acordada na instância política, de modo que, em qualquer cenário, haveria a regulamentação do Uber.

2.3.6 Unicidade sindical

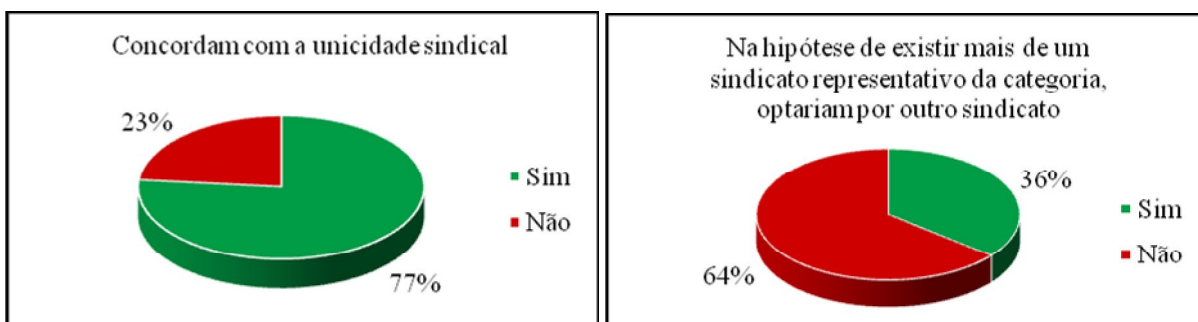


Gráfico 11 – Unicidade sindical.

Gráfico 12 – Unicidade sindical.

Fonte: o autor, 2016.

Fonte: o autor, 2016.

Por fim, questionou-se sobre a concordância ou não dos profissionais com o modelo de unicidade sindical adotado no Brasil.

Inicialmente, é importante destacar que durante a aplicação do questionário-piloto apurou-se uma assimetria de informações entre o pesquisador e a população alvo da pesquisa. Deste modo, a fim de minimizar ruídos na comunicação, optou-se por fazer uma breve explanação ao taxista sobre a distinção entre unicidade, pluralidade e unidade sindical para, só então, apresentar a questão.

Curiosamente, mesmo cientes de que a unicidade sindical poderia configurar uma afronta à plena liberdade sindical, 77% dos taxistas apontaram que este é o modelo que melhor atende a categoria.

Ainda, mesmo na hipótese de uma mudança na legislação vigente – com o fim da unicidade sindical e a possibilidade de criação de novas entidades representativas –, os profissionais tenderiam a permanecer filiados ao Sinpetáxi. Isso demonstra uma grande resistência da categoria em relação ao movimento sindical.

Analisando as gravações, foi possível identificar os motivos que fundamentaram tais escolhas: i) o receio de pulverização da categoria em diversos sindicatos, o que prejudicaria as negociações com o poder público e a sociedade; ii) a experiência negativa com a disputa pela representatividade da categoria (Sinpetáxi x Sintáxi x Sintala); e iii) o entendimento de que a mudança no cenário sindical poderá advir da efetiva participação dos taxistas movimento sindical, por meio da eleição de novos representantes, sem a necessidade de ser constituída uma nova entidade.

3 TENSIONAMENTO ENTRE A ALMEJADA LIBERDADE SINDICAL E A OPINIÃO DOS TRABALHADORES ENTREVISTADOS

O princípio da liberdade sindical, fundamento da organização sindical brasileira, pode ser analisado sob dois prismas distintos: o da liberdade de formação e o da liberdade de filiação. Enquanto este trata da liberdade absoluta de o indivíduo filiar-se ou manter-se filiado a sindicato, garantia constitucional (art. 8º, inciso V, da CF/88), aquele trata da possibilidade de criação de novos sindicatos sem a interferência estatal.

Diferente do que ocorreu com a liberdade de filiação, o constituinte optou por restringir a liberdade de formação de novas entidades sindicais. A manutenção do modelo de unicidade sindical – agora com rigidez constitucional – vai de encontro à liberdade e autonomia sindicais. Prestigia uma estrutura sindical ultrapassada.

Maurício Godinho Delgado, ao abordar as contradições antidemocráticas da Constituição de 1988 – com destaque à unicidade sindical –, ressalta que:

A Constituição de 1988, em seu texto original, ao manter instituições e mecanismos de grave tradição autocrática, voltados a suprimir a *responsiveness* do representante perante o representado, criou um

impasse à Democracia brasileira. Esses mecanismos e instituições, no âmbito das normas jurídicas trabalhistas, encontram-se no conjunto de figuras originárias da formação corporativista-autoritária da década de 1930, todos eles inviabilizares do alcance de uma experiência democrática efetiva e profunda no sistema jurídico trabalhista do país²²⁵.

Ricardo Lourenço Filho, analisando o processo histórico-constitucional que culminou na definição do atual modelo sindical, aponta que:

(...) A ênfase no momento de ruptura e na necessidade de se assegurar a liberdade e a autonomia sindicais dos trabalhadores conflitava com a proposta (majoritária) de preservação da unicidade. Se, de um lado, era defendido o tão desejado desatrelamento dos sindicatos quanto ao Estado, de outro, pretendia-se manter a regra do sindicato único (que enseja exatamente a vinculação estatal das entidades sindicais)²²⁶.

E Antônio Neto, tecendo duras críticas à unicidade sindical, enfatiza que:

A unicidade sindical obrigatória, que levou ao monopólio de representação no Brasil, continua propiciando, em conjunto com o imposto sindical, a perpetuação de sindicatos “de carimbo”, ou seja, sem qualquer representatividade²²⁷.

Percebe-se assim um direcionamento da doutrina pela mudança; pela superação de um modelo que não mais atende aos anseios dos trabalhadores; pela plena liberdade sindical. Para o Procurador Regional do Trabalho, Cristiano Paixão, a unicidade “ainda produz efeitos, mas está caindo em certa obscuridade”²²⁸.

Patrick Merísio ressalta que a unicidade sindical não é reconhecida no Direito Internacional do Trabalho e viola a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, uma vez que não permite a expressão de diferentes correntes filosóficas e políticas, sujeitando grupos minoritários à vontade do grupo predominante²²⁹.

Os argumentos outrora lançados em defesa do monismo sindical – de proteção do trabalhador; receio de divisão e fragmentação do movimento sindical; ruptura de uma suposta coesão existente entre os obreiros, etc. – não mais se sustentam, uma vez que, no plano internacional, é possível observar um número reduzido de sindicatos em países que adotaram a plena liberdade sindical.

²²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 133.

²²⁶ LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Op. cit. p.82.

²²⁷ NETO, Antônio Carvalho. A reforma da estrutura sindical brasileira: pressupostos mais do que necessários. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA, Sayonara Grillo (Orgs). Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil. São Paulo: LTr, 2009. p.130.

²²⁸ PAIXÃO, Cristiano. Seminário sobre Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. 2012. Disponível em: <<http://www2.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/03/slex2012-15.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

²²⁹ MERÍSIO, Patrick Maia. Direito Coletivo do Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Cita-se, a título exemplificativo, a República Federal da Alemanha, país que adotou a irrestrita liberdade sindical em sua Carta Política e tem cerca de 50 milhões de trabalhadores assalariados, representados por menos de 20 sindicatos²³⁰. A título comparativo, no Brasil da unicidade temos 16.350 sindicatos com registro ativo junto ao Ministério do Trabalho²³¹, um número mais de 800 vezes maior do que na estrutura sindical alemã.

Constata-se, assim, que o cenário reclama mudanças. Diante disso, indaga-se: qual a solução que o direito tem a oferecer aos obreiros? Para Cristiano Paixão, o progresso de transição para a plena liberdade sindical pode advir da ratificação pelo Brasil da Convenção 87 da OIT, denominada Convenção sobre a Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização²³², tal como fez com a Convenção 98 da mesma Organização²³³.

Em 9 de julho de 1948, os Membros da OIT – em Sessão que contou com a participação do Brasil – aprovaram a Convenção 87, cujo preâmbulo traz a afirmação de que “o princípio da liberdade sindical” se destaca entre “os meios aptos a melhorar a condição dos trabalhadores e assegurar a paz”²³⁴.

Contudo, apesar de a proposta de internalização da Convenção 87 ter sido encaminhada pelo Poder Executivo ainda em 1949²³⁵ e aprovada no âmbito da Câmara dos Deputados em 1984²³⁶, constata-se que o Projeto de Decreto Legislativo (SF) n.º 16, de 1984, encontra-se, desde então, aguardando apreciação pelo Senado Federal²³⁷.

No corpo da Convenção, quatro garantias básicas estruturam a liberdade sindical: i) o direito de fundar sindicatos; ii) o direito de administrar sindicatos (auto-organização); iii) o direito de atuação dos sindicatos; e iv) o direito de livre filiação ou desfiliação de um sindicato.

²³⁰ BRASIL. Relatório do Senador José Eduardo Dutra no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. In: SENADO FEDERAL. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/603>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

²³¹ Informação extraída diretamente do Cadastro Nacional de Entidades Sindicais - Ministério do Trabalho. Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/cnes/relatorios/painel/GraficoTipo.asp>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

²³² PAIXÃO, Cristiano. Op. cit. p. 42-55.

²³³ A convenção 98 da OIT, que trata da proteção dos trabalhadores contra atos de ingerência ou discriminação antissindical por parte dos empregadores, foi ratificada pelo Brasil nos termos do Decreto Legislativo n. 49, de 27.8.1952, e publicada pelo Decreto n. 42.288, de 19.9.1957.

²³⁴ Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/union_freedom/doc/convention_87_171.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2016.

²³⁵ Mensagem n.º 256, de 31/05/1949, do Poder Executivo, que aprova o texto da Convenção n.º 87, relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito Sindical, adotada em São Francisco, em 09/07/1948, por ocasião da 31.ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, da Organização Internacional do Trabalho.

²³⁶ BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo n.º 58-B, de 1984. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=13505>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

²³⁷ Nos termos do Projeto de Decreto Legislativo (SF) n.º 16, de 1984. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/603>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

A Convenção, portanto, é clara em seus ideais e entra em rota de colisão com a Carta Política brasileira quando impõe que “a legislação nacional não menoscabará nem será aplicada de forma que menoscabe as garantias previstas nesta Convenção”²³⁸.

Inclusive, em suas decisões, a OIT já destacou que disposições de uma constituição nacional relativas à proibição de se criarem mais de um sindicato por categoria profissional ou econômica, qualquer que seja o grau da organização, numa determinada base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município, não estão em conformidade com os princípios da liberdade sindical²³⁹.

Para a Organização, a existência de uma entidade sindical num determinado setor não deveria ser obstáculo à constituição de outra se os trabalhadores assim o desejassem²⁴⁰.

Percebe-se com isso que a orientação no plano internacional – já ratificada por 153 países²⁴¹ – caminha no sentido de possibilitar o pluralismo sindical, em reconhecimento à liberdade e autonomia do trabalhador.

No atual cenário, com a positivação constitucional da unicidade sindical, seria possível o Brasil se juntar aos mais de 150 países e ratificar a Convenção 87 da OIT? A resposta, para Cristiano Paixão, é afirmativa. Ao defender que o direito constitucional contemporâneo apresenta-se como uma obra em aberto, como um processo em construção, o autor propõe três formas de superação do superado modelo de unicidade sindical²⁴².

A primeira e mais imediata seria pela via constitucional, com a ratificação da Convenção 87 e a sua internalização em conformidade com o rito estabelecido no § 3º do art. 5º da Constituição da República, isto é, com a aprovação por três quintos dos parlamentares de cada casa legislativa, em dois turnos. Desta forma, a recepção da Convenção no plano interno se daria com valor de emenda constitucional²⁴³.

A segunda opção apresentada por Cristiano Paixão baseia-se na consagração da ideia de liberdade sindical no plano internacional, mormente por o Brasil ter ratificado diversos documentos – no âmbito da ONU, do Mercosul ou da própria OIT – que sinalizam a prevalência do princípio da liberdade de associação no plano sindical²⁴⁴.

Desta forma, o arcabouço de normas internacionais ratificadas pelo Brasil traduz, na visão do jurista, o compromisso do Estado brasileiro de defender a liberdade sindical e implantar

²³⁸ op. cit. Art. 8º, item 1.

²³⁹ NICOLADELI, Sandro Lunard; FRIEDRICH, Tayana Scheila (Orgs). Op. cit. p.88. (§ 314).

²⁴⁰ NICOLADELI, Sandro Lunard; FRIEDRICH, Tayana Scheila (Orgs). op. cit. p.88 (§ 313).

²⁴¹ Relação atualizada de países que ratificaram a Convenção 87 da OIT. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312232>. Acesso em: 13 nov. 2016.

²⁴² PAIXÃO, op. cit., p. 44.

²⁴³ PAIXÃO, op. cit., p. 44-45.

²⁴⁴ PAIXÃO, op. cit., p. 45-48. O autor aponta, a título exemplificativo, os seguintes normativos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, também de 1966, ratificado em 1992; e a Declaração Sociolaboral do Mercosul, uma declaração assinada em 1998 pelos Chefes de Estado dos países integrantes do Mercosul.

essa liberdade em todos os seus planos. Assim, os intérpretes, atentos a este fato, poderiam dar encaminhamento às questões sindicais com o tom de irrestrita liberdade e não de limitação.

Por fim, a terceira e última solução apresentada para a transição entre os modelos baseia-se na hermenêutica constitucional; na interpretação da liberdade sindical em busca de uma solução que melhor integre a Constituição Federal; uma solução que propicie o pleno exercício dos direitos trabalhistas fundamentais²⁴⁵.

Nessa toada, Cristiano Paixão conclui que “hoje, a liberdade é a regra, é o princípio estabelecido” e sugere a necessidade de encontrarmos “soluções diferentes, soluções criativas, soluções que concretizem a Constituição”²⁴⁶.

Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti convergem com as soluções apresentadas. Os autores destacam que

(...) o fato de a direita e parte da esquerda sindicais brasileiras terem se unido na constituinte na defesa de um mero loteamento sindical entre si, apenas nos lega um problema a ser constitucionalmente enfrentado vez que o texto então aprovado, neste aspecto, pode não se provar capaz de vincular produtivamente o futuro e vir a postular, ele próprio, a necessidade de uma releitura ou revisão. Revisão que pode resultar inclusive, à luz do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição da República, da hipótese de uma futura ratificação por parte do Brasil, ainda que tardia, da Convenção n. 87 da OIT, de 1948, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito de sindicalização²⁴⁷.

Menelick de Carvalho Netto entende ainda que os supostos da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos – do legislador ao destinatário da norma – são da maior relevância para a implementação de um ordenamento. No caso específico da interpretação levada a cabo pelo Poder Judiciário, o autor ressalta:

(...) a capacidade de o juiz levar em conta a reconstrução fática de todos os afetados pelo provimento e, desse modo, fazer com que o ordenamento como um todo, enquanto pluralidade de normas que concorrem entre si para reger situações, se faça presente, buscando então qual a norma que mais se adequa à situação (...) ²⁴⁸.

Marcus de Oliveira Kaufmann reconhece não apenas a importância de uma mudança no cenário sindical, mas também a resistência que esta transformação – ainda que ocorra no

²⁴⁵ PAIXÃO, op. cit., p. 50.

²⁴⁶ PAIXÃO, op. cit., p. 54.

²⁴⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. O Direito do Trabalho e o Estado Democrático de Direito: o individual e o coletivo no exercício da autonomia do trabalhador. In: Gabriela Neves Delgado; Ricardo José Macêdo de Britto Pereira. (Org.). Trabalho, Constituição e Cidadania: A Dimensão Coletiva dos Direitos Sociais Trabalhistas. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 169.

²⁴⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004. p. 26 e 36.

seio da própria unicidade – enfrentará, em razão da relação promíscua que o sindicalismo brasileiro mantém com a máquina pública:

O que ocorre, em modelos como o brasileiro, é um acinte às liberdades individuais e coletivas que não pode deixar de chamar a atenção e assustar, a despeito da normalidade com que a situação é vivenciada no Brasil, pelo lobby sindical e corporativista que se entranhou na máquina estatal, na política e na social, e que impede qualquer mudança em médio e longuíssimo prazo²⁴⁹.

Mozart Victor Russomano ilustra bem como deveria ser representada a liberdade sindical no Brasil. Para o autor, a liberdade sindical deveria ser como uma figura triangular, cujas partes distintas – a sindicalização livre (contra a sindicalização obrigatória); a autonomia sindical (em oposição ao dirigismo sindical); e a pluralidade sindical (em contraposição à unicidade sindical) – se tocam nas extremidades, dando-nos a ideia de um perfeito triângulo jurídico²⁵⁰.

Não obstante o elogiável esforço empreendido por diversos juristas no sentido de possibilitar a pluralidade sindical no Brasil, dando azo à liberdade que se pretendia com a nova ordem constitucional, a pesquisa de campo com os taxistas no Distrito Federal revelou que a categoria está satisfeita com o atual cenário, ou seja, que acolhe como adequado o modelo definido pelo constituinte, de unicidade sindical.

O que se apurou foi que a categoria profissional não reclama o direito de constituir novas organizações sindicais. E não o faz por entender que a violação de sua autonomia e liberdade lhe afeta de forma menos gravosa do que a possível pulverização de uma categoria fragilizada – entoando o mesmo discurso que utilizado a Assembleia Nacional Constituinte, há quase 30 anos. Há, portanto, um entendimento dos taxistas de que a disputa pela representatividade não seria saudável à categoria, pois causaria a sua desintegração, com graves prejuízos futuros.

Em última análise, a categoria se manifesta no sentido de que a limitação à liberdade de formação continua sendo necessária, ou, como reportado na declaração de voto apresentada pelos constituintes José Paulo Bisol, Cristina Tavares, Paulo Ramos e Rose de Freitas, uma espécie de mal necessário²⁵¹.

É certo que a opinião destes profissionais – que representam uma pequena fração dos trabalhadores brasileiros – não é suficiente para ofuscar o pujante movimento de luta pela irrestrita liberdade sindical.

Segundo Bobbio – ao tratar da dimensão das liberdades positiva e negativa –, liberdade é “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir

²⁴⁹ KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Da formal representação à efetiva representatividade sindical: problemas e sugestões em modelo de unicidade. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 76, n. 2, abr./jun. 2010. p. 138.

²⁵⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. Princípios Gerais de Direito Sindical. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 65.

²⁵¹ LOURENÇO FILHO, op. cit., p. 95.

sem ser obrigado, por outros sujeitos²⁵² e “na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros²⁵³”.

É em prol desta liberdade suscitada; da afirmação da capacidade de auto-organização dos trabalhadores; do reconhecimento de sua autonomia; e do fomento à “unidade natural” dos obreiros; que a defesa da plena liberdade sindical deve ocupar mais espaço na agenda política dos movimentos sindicais brasileiros.

Desta forma, ainda que reconheçamos os avanços da Constituição Federal de 1988 no tocante à proteção dos trabalhadores, verificamos também resquícios de uma estrutura autoritária e corporativista que merecem ser superados, devolvendo aos trabalhadores o amplo e irrestrito poder decisório sobre questões atinentes à sua organização sindical.

CONCLUSÃO

No presente trabalho analisou-se os argumentos que subsidiaram a manutenção do princípio da unicidade sindical no ordenamento jurídico. Em pesquisa empírica, buscou-se a resposta às seguintes indagações: os trabalhadores – protagonistas na relação trabalhista – seriam favoráveis ou contrários à unicidade sindical? Qual a solução que o direito tem a oferecer para que a autonomia de vontade dos trabalhadores seja respeitada?

Em resposta aos questionamentos, pode-se afirmar que os taxistas do Distrito Federal não percebem a unicidade sindical como uma violação à sua autonomia e liberdade. Para a categoria, os argumentos de defesa da unicidade sindical amplamente propalados na Assembleia Nacional Constituinte ainda subsistem.

Nesse sentido, a mudança para um modelo de irrestrita liberdade sindical não está compreendida entre as suas preocupações. Muito pelo contrário. Conforme se verificou, a esmagadora maioria dos profissionais sugeriu a manutenção do monopólio de representação em receio à possível atomização do movimento sindical, com o potencial enfraquecimento da categoria.

Apesar de a relação empregado-empregador não fazer parte da rotina dos taxistas (sua relação jurídica se dá com o tomador de serviços), a importância de um sindicato forte foi entoada pela maioria dos entrevistados. Nessa linha, importa destacar que a negociação em torno da tarifa adotada no táxi – meio de subsistência dos profissionais – é realizada com o Governo do Distrito Federal por

²⁵² Conceito de liberdade negativa, por: BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*: tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p.50.

²⁵³ Conceito de liberdade positiva, por: BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 51.

intermédio do Sinpetáxi. Notou-se assim uma preocupação dos profissionais com o enfraquecimento do poder de pressão sobre a máquina pública.

A manifestação pela manutenção da unicidade sindical diverge da opinião da doutrina majoritária, que, em defesa do direito fundamental à liberdade sindical, sugere a adoção da Convenção 87 da OIT como forma de preservar a autonomia individual e a liberdade do trabalhador.

Portanto, conclui-se que a superação do modelo corporativista-autoritário criado na década de 30 – com a ratificação da Convenção 87 da OIT – é medida que impõe por eliminar a ingerência estatal no movimento sindical e prestigiar a autonomia individual, a capacidade decisória do trabalhador e o princípio da liberdade sindical.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. **Crise econômica e interesses organizados: o sindicalismo no Brasil dos anos 80**. São Paulo: Edusp, 1996.

BERNI, Duílio de Ávila. **Técnicas de pesquisa em economia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade: tradução de Carlos Nelson Coutinho**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BRASIL. Concessão de Registro Sindical com fundamento no Parecer CGRS/DIAN/Nº. 080/2005. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 20 mai. 2005, p. 61. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=61&data=20/05/2005&captchafield=firistAccess>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Projeto de Decreto Legislativo n.º 58-B, de 1984, aprovado em 18 set. 1984 e remetido ao Senado Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=13505>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Relatório do Senador José Eduardo Dutra no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. In: Senado Federal. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/603>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 127500-91.2009.5.10.0014. Relator: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Publicado no DJe de 27-11-2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2011&numProclnt=92809&dtaPublicacaoStr=27/11/2015%2007:00:00&nia=6551606>>. Acesso em 10 nov. 2016.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. O Direito do Trabalho e o Estado Democrático de Direito: o individual e o coletivo no exercício da autonomia do trabalhador. In: Gabriela Neves Delgado; Ricardo José Macêdo de Britto Pereira. (Org.). **Trabalho, Constituição e Cidadania: A Dimensão Coletiva dos Direitos Sociais Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.

_____. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.

CARTA mantém a unicidade sindical. O Globo. **Rio de Janeiro**, 2 mar. 1988, p. 6. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/126384>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FEDERAÇÕES defendem a unicidade. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 25 mai. 1988, p. 8. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/106830>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: Apostila, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONSALVES, Elisa Pereira. **Conversas sobre iniciação à pesquisa científica**. Campinas: Alínea, 2001.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Da formal representação à efetiva representatividade sindical: problemas e sugestões em modelo de unicidade. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 76, n. 2, p. 109-157, abr./jun. 2010.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994.

LOPES, Jorge. **O fazer do trabalho científico em ciências sociais aplicadas**. Recife: UFPE, 2006.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. **Liberdade sindical: percursos e desafios na história constitucional brasileira**. São Paulo: LTr, 2011.

MACIEL, Marco Antônio de oliveira. **Os sindicatos e a nova Constituição. Folha de São Paulo**. São Paulo. p. a3, 5 fev. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/123864>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

MERÍSIO, Patrick Maia. **Direito coletivo do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MINAYO, Maria Cecílio de Souza. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NETO, Antônio Carvalho. A reforma da estrutura sindical brasileira: pressupostos mais do que necessários. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA, Sayonara Grillo (Orgs). **Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil**. São Paulo: LTr, 2009.

NICOLADELI, Sandro Lunard; FRIEDRICH, Tayana Scheila (Orgs.). **O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais**. São Paulo: LTr, 2013.

NORONHA, Eduardo Garuti. **Ciclo de greves, transição política e estabilização: Brasil, 1978-2007**. Lua Nova. 2009, n. 76, pp. 119-168. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n76/n76a05>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 87**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/union_freedom/doc/convention_87_171.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2016.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO dos sindicatos divide esquerda e Centrão. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 1 mar. 1988, p. a6. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/123781>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

PAIXÃO, Cristiano. **A Convenção 87 da OIT no direito brasileiro: caminhos para sua vigência a partir da Constituição de 1988**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 78, n. 2, abr./jun. 2012.

_____. **Seminário sobre Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil**. Tribunal Superior do Trabalho. 2012. Disponível em: <<http://www2.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/03/slex2012-15.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

PLURALISMO sindical proposto por Lula é rejeitado. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro, 16 out. 1987, p. 3. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/133340>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

RIBONDI, Alexandre. Cultura na constituinte. **Correio Braziliense**. Brasília, p. 18, 30 mai. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/131229>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

RODRIGUES, Leôncio Martins. **Destino do sindicalismo**. São Paulo: Centro Edelstein, 2009.

RODRIGUES, Nélío. PFL e PL se unem às esquerdas e unicidade sindical é aprovada. **Jornal de Brasília**. Brasília, p. 3, 2 mar. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/126369>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos fundamentais e liberdade sindical no sistema de garantias: um diálogo com Luigi Ferrajoli. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 4/5, n.4/5, p. 303-323, 2003-2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24477>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

_____. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

ANEXOS

Anexo 01 – Questionário preliminar

1) Identificação do entrevistado

Número da permissão:

Classificação: Permissionário – Motorista Auxiliar

2) Questionamentos

2.1) Há quanto tempo exerce esta atividade profissional?

até 5 anos – de 5 a 15 anos – mais de 15 anos.

2.2) É filiado ao Sindicato dos Permissionários de Táxis e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal – SINPETAXI? Sim – Não.

2.3) Caso a resposta ao item anterior seja negativa, você já foi em algum momento filiado ao referido sindicato? Sim – Não – NA.

2.4) Você se interessa pelo movimento sindical? Sim – Não.

2.5) Você considera importante a participação dos permissionários e motoristas auxiliares no movimento sindical? Sim – Não.

2.6) Você já ocupou algum cargo na estrutura sindical? Sim – Não.

2.7) Você já necessitou do amparo do SINPETAXI em alguma situação (ex: assistência jurídica, serviço de guincho, oficina taximétrica, núcleo de apoio, etc.)? Sim – Não.

2.8) Caso tenha necessitado, foi atendido a contento? Sim – Não – NA.

2.9) Você se sente efetivamente representado pelo SINPETAXI? Sim – Não.

2.10) De 0 a 10, com qual grau você avalia a qualidade da atuação do SINPETAXI?]

2.11) A entrada do UBER no mercado de transporte público individual afetou negativamente o trabalho dos taxistas no Distrito Federal? Sim – Não.

2.12) Na sua opinião, o SINPETAXI soube reagir de forma tempestiva e responsável, defendendo os interesses da categoria em razão da entrada do UBER no mercado?

Sim – Não.

2.13) Você concorda com a existência de um único sindicato representativo da categoria no Distrito Federal? Sim – Não.

2.14) Você concorda com a previsão legal de que as categorias profissionais, num determinado espaço territorial, só podem ter um único sindicato representativo?

Sim – Não.

2.15) Se você pudesse optar por outro sindicato - na hipótese de existirem dois ou mais sindicatos representativos - você faria essa opção? Sim – Não.

Anexo 02 – Questionário definitivo

1) Identificação do entrevistado

Número da permissão:

Idade:

Classificação: Permissionário – Motorista Auxiliar

2) Questionamentos

2.1) Há quanto tempo exerce esta atividade profissional?

até 5 anos – de 5 a 15 anos – mais de 15 anos.

2.2) Você se interessa pelo movimento sindical? Sim – Não.

2.3) Você é ou já foi filiado ao Sindicato dos Permissionários de Táxis e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal – SINPETAXI? Sim – Não.

2.4) Você considera importante a participação dos permissionários e motoristas auxiliares no movimento sindical? [] Sim – [] Não.

2.5) Você já ocupou algum cargo na estrutura sindical? [] Sim – [] Não.

2.6) Você se sente efetivamente representado pelo SINPETAXI?

[] Sim – [] Não – [] Indiferente.

2.7) Você concorda com a possibilidade de os dirigentes sindicais se reelegerem de forma ilimitada? [] Sim – [] Não.

2.8) Você já necessitou do amparo do SINPETAXI em alguma situação (ex: assistência jurídica, serviço de guincho, oficina taximétrica, núcleo de apoio, etc.)? [] Sim – [] Não.

2.9) Caso tenha necessitado, o atendimento foi satisfatório? [] Sim – [] Não – [] NA.

2.10) A entrada do UBER no mercado de transporte público individual afetou negativamente o trabalho dos taxistas no Distrito Federal? [] Sim – [] Não. (*Justificar*)

2.11) Na sua opinião, o SINPETAXI soube reagir de forma tempestiva e responsável, defendendo os interesses da categoria frente ao ingresso desse novo player no mercado?

[] Sim – [] Não. (*Justificar*)

2.12) Você concorda com a previsão legal de que a categoria, em um determinado espaço territorial (DF), só possa ser representada por um único sindicato? [] Sim – [] Não. (*Justificar*)

2.13) Se você pudesse optar por outro sindicato - na hipótese de existirem dois ou mais sindicatos representativos da categoria no Distrito Federal - você faria essa opção?

[] Sim – [] Não. (*Justificar*)

Anexo 03 – CD contendo os áudios das entrevistas e a planilha com os dados tabulados

DISCRICIONARIEDADE DO ATO REGULATÓRIO COMO LIMITAÇÃO AO CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO²⁵⁴

Frederico Carvalho Dias

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Controle da Regulação; 3. Discricionariedade na Atividade Regulatória e Controle Externo: uma relação difícil; 4. Conclusão; 5. Referências.

RESUMO

Diante da consolidação da atuação estatal regulatória, o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas deve se transformar para que possa acompanhar essa evolução e contribuir para o aprimoramento da Administração Pública. Ao mesmo tempo deve se precaver para que sua ação não acarrete maior instabilidade ao ambiente regulatório. A liberdade das escolhas administrativas - discricionariedade - é um dos principais fatores limitadores para o controle externo. Todavia, a análise de casos concretos revela que nem sempre é claramente determinada a margem de discricionariedade do agente administrativo e, por consequência, nem sempre são seguros os contornos que a protegem das investidas do controle.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Regulador - Regulação - Discricionariedade Administrativa - Controle Externo da Atividade Regulatória.

ABSTRACT

Faced with the consolidation of Regulatory State action, the external control performed by the Federal Court of Accounts must be transformed to follow this evolution and contribute to the improvement of Public Administration. At the same time, it must be careful that its action does not increase instability in the regulatory environment. The freedom of administrative choices - discretion - is one of the main limiting factors for external control. However, the analysis of specific cases reveals

²⁵⁴ Pesquisa apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília - EDB.

that the discretion of the administrative agent is not always clearly determined and, therefore, the contours that protect it from control excesses are not always certain.

KEYWORDS: Regulatory State – Regulation – Administrative Discretion – External Control of Regulatory Activity.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o controle externo da regulação, ou seja, o controle realizado pelos Tribunais de Contas sobre a atividade regulatória.

Um dos pilares que sustentam o planejamento de longo prazo no Brasil está centrado na promoção do investimento público e privado em infraestrutura, com vistas a aumentar a competitividade da economia e oferecer à população serviços públicos de maior qualidade.

Nos próximos anos, é razoável prever o aprofundamento de um modelo de maior participação do setor privado nos investimentos direcionados a grandes empreendimentos, uma vez que, num ambiente de crise fiscal e reequilíbrio das contas públicas, o desenvolvimento da infraestrutura dependerá da ampliação das concessões²⁵⁵.

Nesse ambiente, a intervenção estatal direta cede em nome do fortalecimento de um Estado de perfil predominantemente regulador.

Acompanhando esse movimento de reestruturação da atuação governamental, o controle externo também precisa se readaptar. Afinal, nesse novo contexto, os atos de controle deixam de ser exercidos diretamente sobre os executores e passam a ser realizados sobre os reguladores. Vale dizer, controla-se

²⁵⁵ Segundo reportagem publicada no Portal G1: “As concessões, segundo esses especialistas, continuam sendo uma das saídas para a realização de investimentos no atual cenário de recessão da economia e baixa arrecadação, que vem encarecendo o crédito e reduzindo a capacidade do governo de financiar obras de grande porte.” ALEGRETTI, Laís; AMATO, Fábio. Infraestrutura depende da ampliação das concessões, dizem especialistas. *Portal G1*. 11 de junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/infraestrutura-depende-da-ampliacao-das-concessoes-dizem-especialistas.html>>. Acesso em 14 de junho de 2016.

a função de regular, que também é controle. Por isso, alguns autores vão falar em “controle de segunda ordem”.²⁵⁶

Mas, na medida em que começa a atingir os agentes de mercado e a dinâmica privada, essa atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) fica sujeita a críticas dos mais diversos matizes²⁵⁷. Ocorre que a análise dessas tensões revela que ainda não está muito claro para os atores qual o papel do TCU no jogo regulatório e quais seriam os limites da sua ação.

Observa-se que as críticas dirigidas à atuação da Corte de Contas no controle da regulação envolvem, em especial, supostos avanços sobre áreas e decisões que deveriam estar sob o domínio dos entes reguladores, tanto em virtude de especialização técnica na matéria regulada, quanto por respeito à autonomia regulatória e à discricionariedade administrativa das escolhas governamentais.

A partir dessas considerações, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: “em que medida as decisões do TCU avançam sobre os limites que pautam o controle externo da regulação no que tange à margem de discricionariedade dos agentes reguladores?”

Dessa forma, entre as várias vertentes que poderiam caracterizar o controle da regulação, optou-se, no presente trabalho, por investigar seus limites em face da discricionariedade dos reguladores. Ou seja, buscou-se verificar em que medida o

²⁵⁶ Conforme Acórdão 2.314/2014-TCU-Plenário, ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas.

²⁵⁷ Segundo reportagem do Jornal Estadão: “Cada vez mais enfraquecidas, as agências reguladoras têm encontrado no meio do caminho um entrave difícil de superar. Nos últimos anos, não houve nem sequer uma única concessão na área de infraestrutura que não sofresse forte interferência do Tribunal de Contas da União (TCU). (...)”

Quase sempre as mudanças determinadas pelo TCU causam polêmica no mercado, seja porque atrasam o processo licitatório ou porque os empresários consideram uma intromissão no trabalho das agências – criadas para atuar com autonomia e garantir regras estáveis a investidores e consumidores. (...)”

‘Às vezes, ele atua de forma ponderada. Outras, ele extrapola e entra na questão regulatória. Na verdade, o TCU está descobrindo a própria competência’, avalia o professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Sérgio Guerra. Na avaliação dele, são as agências que têm permitido esse avanço do tribunal nas suas atribuições. ‘Elas foram desenhadas para serem o braço forte do Estado e dirigidas por técnicos que conhecem o mercado, não por governo de coalizão’.”. PEREIRA, Renée. TCU toma lugar das Agências Reguladoras. *Estado de São Paulo*. 25 de abril de 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-toma-lugar-das-agencias-reguladoras,10000027856>. Acesso em 14 de junho de 2016.

fator discricionariedade limita o controle externo da atividade regulatória e até que ponto esses limites são observados pelo Tribunal de Contas da União.

A pesquisa baseia-se tanto no que leciona a doutrina sobre o tema quanto em casos concretos submetidos a julgamento do TCU.

Na próxima seção é apresentado como se realiza o controle da regulação, num ambiente de fortalecimento do perfil de Estado Regulador, em que a ação governamental deve ser mais flexível. É abordado ainda o paradoxo entre as exigências do ambiente econômico por menor interferência, a necessidade da atividade regulatória para a preservação dos direitos fundamentais, a liberdade de que dispõem os agentes reguladores num ambiente mutável e complexo e os riscos de um controle que precisa atuar para evitar o arbítrio, mas não pode se exceder para não causar maior instabilidade.

Na terceira seção, foram selecionados julgados do Tribunal de Contas da União a fim de verificar como se dá, diante de problemas concretos, a relação entre discricionariedade – entendida aqui de maneira ampla, como a margem de liberdade da escolha administrativa – e controle externo.

2. CONTROLE DA REGULAÇÃO

Para estudar o controle da regulação, há que se estabelecerem definições acerca de categorias teóricas importantes.

O advento do chamado Estado Regulador e o crescimento da atividade regulatória são acompanhados de um alargamento na margem de discricionariedade dos gestores.

Caracterizada por especialização e abordagem técnico-científica, tal atividade deve ser submetida a controle judicial atenuado, o qual não chega a ser totalmente afastado, eis que também a discricionariedade deve ser fiscalizada.

Quanto ao controle externo exercido pelos tribunais de contas, não obstante a existência de divergência doutrinária pontual, ele também alcança os atos

regulatórios, inclusive os de natureza discricionária, e é sobre seus limites que se detém a presente reflexão.

2.1. Estado Regulador e Regulação

Ao longo do século XX, o capitalismo assistiu o embate entre duas concepções de Estado: de um lado, o modelo Keynesiano; do outro, o Estado mínimo, decorrente da ideologia neoliberal.

Dada a crise do Estado (que inviabiliza o primeiro) e o irrealismo da sua concepção minimalista (que deslegitima o segundo), é necessário reconstruí-lo, de forma que ele não se limite apenas a garantir a propriedade e os contratos, mas também exerça seu papel complementar ao mercado na coordenação da economia e na busca da redução das desigualdades sociais.²⁵⁸

Assim, como uma síntese de dois modelos, surge, a partir dos anos 80, o conceito de Estado Regulador. Ainda dentro dos quadros de uma concepção liberal de Estado, na medida em que pretende assegurar o funcionamento da economia de mercado, o Estado Regulador não abandona inteiramente sua veste de Estado intervencionista, vez que objetiva balizar a atuação dos agentes econômicos, em nome da necessidade de salvaguardar o interesse público.²⁵⁹

Por meio desse tipo de atuação estatal, objetiva-se conjugar as vantagens provenientes da capacidade do setor privado, cuja autonomia na seleção dos meios é preservada, com a realização de fins de interesse público.²⁶⁰

A regulação é, portanto, uma espécie de intervenção estatal, porém indireta, que alcança atividades econômicas e sociais, visando, basicamente, a implementação de políticas públicas e a realização dos direitos sociais.²⁶¹ Distingue-se dos modos clássicos de intervenção, por se limitar a supervisionar o jogo

²⁵⁸ BRASIL, Presidente. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

²⁵⁹ NUNES, António José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. *Revista Seqüência*, nº 54, p. 9-18, jul. 2007.

²⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. *Dialética*. 2002. p. 30.

²⁶¹ GUERRA, Sérgio. *Discricioniedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 75.

econômico: estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação, o Estado passa de ator a árbitro do processo econômico, enquadrando a atuação dos operadores e harmonizando suas ações.²⁶² A implantação da função regulatória pressupõe “uma posição de exterioridade relativamente ao jogo econômico, uma capacidade de arbitragem entre os interesses em jogo e uma ação contínua a fim de proceder aos ajustes necessários²⁶³”.

Em sentido amplo, a regulação envolve a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar as práticas privadas desejáveis e reprimir aquelas incompatíveis com a realização dos valores relevantes. As políticas regulatórias envolvem, inclusive, a aplicação jurisdicional do direito, considerando que o Estado Regulador atua preponderantemente pela via normativa.²⁶⁴

Da perspectiva da função administrativa, podemos considerar que a atividade regulatória está associada à intervenção indireta do Estado-administração realizada com a finalidade de implementar, com autonomia, políticas constitucionalizadas (prioridades cogentes), via correção de falhas de mercado e de governo, em caráter promocional ou repressivo, de ordem a melhor tutelar a eficácia dos direitos fundamentais.²⁶⁵

Um processo de regulação implica várias fases das quais se destacam a formulação das orientações da regulação, a definição e operacionalização das regras, a implementação e aplicação das regras, o controle da aplicação das regras, o sancionamento dos transgressores e a decisão nos recursos.²⁶⁶

O objetivo da adoção de um padrão estatal regulatório deve ser a cessão de capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas em

²⁶² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

²⁶³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

²⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética. 2002. p. 40.

²⁶⁵ FREITAS, Juarez. Teoria da regulação administrativa sustentável. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, p. 117-145.

²⁶⁶ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001 apud GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 96.

troca de credibilidade e estabilidade, dado que a nova ordem globalizada exige compromisso com a manutenção de regras (segurança jurídica) e contratos de longo prazo.²⁶⁷

Tomando como pressupostos a retração das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado e o cometimento de tarefas públicas à iniciativa privada, a regulação mostra-se cada vez mais necessária para corrigir imperfeições de mercado²⁶⁸. Na mesma medida, a regulação está em consonância com o espírito da proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito ao desenvolvimento.²⁶⁹

Assim, os fins buscados pela regulação não se restringem à abordagem econômica, segundo a qual o Estado Regulador se resumiria a mero “corretor de defeitos econômicos” do mercado. Para além dessa perspectiva, incumbe-lhe promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos os quais podem não ser atingidos ainda que o mercado esteja em perfeito funcionamento.²⁷⁰

Mas é interessante constatar que, embora surja a partir de um contexto de redução do papel do Estado, porquanto transfere boa parte de suas atribuições ao mercado, o Estado Regulador manteve, ou mesmo aumentou, o gasto público, apesar da “radical” alteração na sua forma de intervenção.²⁷¹

É que, embora o Estado se retire do cenário econômico, permanece a necessidade de constranger os limites, os fins e a natureza da atividade privada para que sejam atingidos os resultados necessários ao bem comum.²⁷²

²⁶⁷ GUERRA, Sérgio. *Discrecionabilidade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 97.

²⁶⁸ BARBOSA, Míriam Lúcia. Regulação Econômica. In: CASTRO, Cármem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO, Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2, p. 366.

²⁶⁹ BARBOSA, Míriam Lúcia. Regulação Econômica. In: CASTRO, Cármem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO, Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2, p. 366.

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. *Dialética*. 2002. p. 38.

²⁷¹ GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 615-630, 2006.

²⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. *Dialética*. 2002. p. 28.

Nesse contexto, é natural que os agentes econômicos afetados pela atuação governamental aspirem por ambientes mais livres, opondo-se a novas regulamentações.²⁷³ Afinal, a intervenção estatal, ainda que de natureza regulatória, acarreta custos para a economia, os quais são suportados pelo setor empresarial.²⁷⁴ Alude-se ao conceito de “custo regulatório”, para indicar o efeito do cumprimento de posturas governamentais (muitas vezes desnecessárias ou inúteis) na composição de despesas assumidas pelos empresários para colocar seus produtos no mercado.²⁷⁵

Dessa forma, ao tempo em que são convocados a salvaguardar uma quantidade cada vez maior de direitos, os governos ficam constrangidos a fazê-lo de forma a minimizar os encargos fiscais e regulatórios dos contribuintes, dos regulados e da sociedade em geral. Devem equilibrar a eficiência da iniciativa privada com as demandas da sociedade por proteção contra os piores excessos do mercado; e a eficiência econômica com justiça, equidade e razoabilidade.²⁷⁶

O desafio regulatório é, na verdade, criar mecanismos de motivação de lucro, que sejam consistentes com os retornos (*outcome*) pretendidos pelo regulador. A ação eficaz regulatória consiste em estabelecer critérios nos quais o retorno social desejado seja obtido pelo máximo lucro da empresa, de tal forma que esta possa escolher voluntariamente o padrão pretendido pelo regulador.²⁷⁷

No Brasil, o Estado de perfil regulador foi escolha do poder constituinte, eis que a Carta Magna reserva ao Estado, de modo preponderante, as funções regulatórias de fiscalização, incentivo e planejamento.²⁷⁸

²⁷³ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de direito administrativo*, v. 264, p. 13-56, 2013.

²⁷⁴ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de direito administrativo*, v. 264, p. 13-56, 2013.

²⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. Dialética. 2002. p. 45.

²⁷⁶ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de direito administrativo*, v. 264, p. 13-56, 2013.

²⁷⁷ BENJÓ. *Fundamentos da economia da regulação*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999, p. 69 apud COUTINHO, Maria do Amparo; GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 275.

²⁷⁸ Constituição Federal, arts. 173 e 174.

O cenário brasileiro atual aponta para o aprofundamento desse modelo, quando combinamos a recorrente escassez de recursos e a premente necessidade de investimentos significativos em infraestrutura que solucione os gargalos logísticos e favoreça o desenvolvimento da atividade econômica.²⁷⁹

Além disso, o Estado não teria como escapar ao movimento de fundo que agita as sociedades que entraram na chamada era da pós-modernidade²⁸⁰, as quais são marcadas pela complexidade, pela desordem, pela indeterminação e pela incerteza.^{281 282} Nesse contexto, começam a ser questionadas as concepções e as estruturas que conformam o direito administrativo clássico e a própria organização administrativa: “a ordem burocrática, fundada sobre a hierarquização, é desestabilizada pela proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder de hierarquia.”²⁸³

Com efeito, a configuração atual da ação governamental e da sociedade contemporânea exige não só um novo aparato estatal²⁸⁴, mas também uma releitura de categorias, fórmulas e institutos do direito administrativo²⁸⁵, dado que aqueles

²⁷⁹ Segundo a Mensagem que acompanha o Plano Plurianual 2016-2019, o PPA procura dar sequência ao projeto de desenvolvimento inclusivo e está assentado sobre dois pilares: o impulso à expansão do mercado de consumo e produção de massa; e a promoção do investimento, público e privado, coordenado pelo governo, em infraestrutura econômica e social. O documento pondera que “as demandas da população exigem esforços ainda maiores do Estado, seja com mais investimentos em infraestrutura, aumentando a competitividade da economia, seja com mais serviços públicos de qualidade.” BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. PPA 2016-2019 – Mensagem Presidencial. Brasília: MPOG, Secretaria de Planejamento e Investimento Estratégico, 2015. p. 8.

²⁸⁰ Marcada pelo fim das metanarrativas como grandes esquemas explicativos, a condição pós-moderna encampa uma crise de conceitos como razão, sujeito, totalidade, verdade e progresso; e a valorização de outros, como potência, eficácia e otimização (Lyotard). Não mais a solidez, os contornos bem traçados, a fixidez e a rigidez do poder moderno tradicional, mas uma modernidade líquida, fluida, leve, flexível, sem contornos predeterminados e muito mais dinâmica (Bauman). GOMES JÚNIOR, Admardo Bonifácio. Modernidade, Pós-Modernidade e Hipermodernidade. In: CASTRO, Cármem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO, Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2. p. 268.

²⁸¹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 16-22.

²⁸² Embora não seja objeto de estudo neste trabalho, não se ignoram as críticas às concepções de pós-modernidade, como a desenvolvida por Habermas, para quem o projeto da modernidade ainda encontra-se inacabado. Cf HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

²⁸³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 16-22.

²⁸⁴ Não se pode olvidar da reestruturação dos marcos teóricos que balizam a Administração Pública promovida a partir da segunda metade dos anos 90, a qual pode ser representada pela tentativa de superação do modelo burocrático weberiano.

²⁸⁵ Que passa a sofrer forte influência do direito econômico.

conceitos cunhados há mais de um século já não dão conta dos problemas decorrentes dessa nova temática.²⁸⁶

Ademais, para ser possível uma regulação razoável e eficiente de subsistemas altamente complexos e fortemente impactados pela tecnologia, como os que caracterizam a sociedade contemporânea, é imprescindível o incremento nos espaços para as escolhas do administrador – o que acarreta imprevisibilidade e insegurança jurídica decorrentes de decisões e inúmeras normas produzidas fora do circuito legiferante. Resta identificar como compatibilizar essa ampliação na liberdade administrativa na ponderação de interesses antagônicos e conflitos distributivos com a necessidade de contenção do arbítrio²⁸⁷, papel exercido preponderantemente pela função de controle.

2.2. Discricionariedade, Regulação e Controle

Foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para o que hoje conhecemos como Direito Administrativo.²⁸⁸ Naquele momento histórico, de proeminência do poder legislativo, o direito expressava-se, precisamente, por meio de leis. Representantes da vontade geral²⁸⁹ e expressão fiel da própria razão humana, as normas jurídicas teriam o condão de garantir clareza, segurança absoluta e uma univocidade incondicional a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos.²⁹⁰

Naquele panorama, o monopólio político-legislativo de uma classe social relativamente homogênea determinava, por si só, as condições de unidade da legislação.²⁹¹

²⁸⁶ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 24.

²⁸⁷ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 30-32.

²⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo :Atlas, 2014. p. 7.

²⁸⁹ Rousseauiana.

²⁹⁰ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 40-42.

²⁹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia e democracia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 2011. p. 32.

Se assim era, as normas indicariam o único e possível comportamento para o administrador no caso concreto, não permitindo espaços discricionários ou conceitos abertos para algum tipo de julgamento subjetivo.²⁹²

Com a crescente complexidade das matérias, o Parlamento mostra-se incapaz de responder às demandas do Estado moderno. Esses fatores somados à impossibilidade de realização dos ideais positivistas de objetividade e neutralidade conduzem ao deslocamento da primazia do legislativo para o executivo²⁹³.²⁹⁴

Na medida em que o poder executivo aumenta seu protagonismo e consolida sua autonomia, ocorre uma progressiva ampliação do espaço para as escolhas administrativas – seja por abertura normativa do texto legal ou por discricionariedade pura – a qual vai atingir seu ápice no modelo intervencionista de Estado.²⁹⁵

De se notar que, num contexto de pluralismo e heterogeneidade dos valores e dos interesses, a lei já não é mais expressão pacífica de uma sociedade política internamente coesa, mas a manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social. Não é mais garantia última e absoluta de estabilidade, mas, ela mesma, causa de instabilidades.²⁹⁶ E, na medida em que a lei perde seu *status*, o administrador passa a operar com maior liberdade a gestão do interesse público, passam a ser incrementados os espaços para a discricionariedade.

A tradicional doutrina administrativista segmenta a decisão administrativa em vinculada e discricionária. Em certos casos, a lei regula determinada situação em termos tais que não resta ao administrador nenhuma margem de liberdade, situação na qual se diz que há vinculação. Reversamente, fala-se em discricionariedade

²⁹² GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 40-42.

²⁹³ Com as transformações do Estado, deslocou-se a primazia do legislativo para o executivo, afetando a relação entre os dois poderes, na modelagem da concepção clássica da legalidade administrativa; atenuou-se a contraposição entre os dois poderes, reconhecendo-se a existência de função de orientação política na cúpula do poder executivo; a lei votada pelo legislativo deixou de representar a vontade geral. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 146.

²⁹⁴ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 50.

²⁹⁵ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 51-57.

²⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia e democracia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 2011. p. 38.

quando a disciplina legal deixa a cargo do administrador certa esfera de liberdade para, a seu juízo, escolher a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei²⁹⁷.

Assim, a discricionariedade pode ser caracterizada como:

a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.²⁹⁸

Considera-se que haverá discricionariedade quando, agindo segundo o Direito, o comportamento administrativo não possa ser refutado por outro juízo pretensamente portador de verdade legal objetiva. Sempre que a relatividade do que foi apreciado e executado administrativamente não possa ser recusado pela contrariedade racional e conforme o Direito, aceita-se a conduta pública como tendo sido praticada no exercício regular da discricionariedade.²⁹⁹

Se é assim, diante do exercício regular de juízo discricionário por parte do administrador, não estão outros órgãos legitimados a impugnar a decisão administrativa exclusivamente com base nas percepções subjetivas de seus próprios agentes³⁰⁰. Por isso, quanto maior a discricionariedade, menor o alcance do controle sobre a Administração Pública.

²⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 977-980.

²⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 988.

²⁹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Livraria Del Rey Editora, 1994.

³⁰⁰ A título de exemplo dos riscos envolvidos com essa interferência indevida, mencione-se o caso relatado pelo jornalista Luiz Orlando Carneiro, em Seminário Internacional organizado pelo Instituto Helio Beltrão em setembro de 2001: “Porque os juízes de primeira instância – não todos, evidentemente, mas parte deles – têm se pronunciado política e ideologicamente contra as privatizações através de sentenças de primeira instância! Quando houve todo esse processo de privatização, quantas liminares foram concedidas pela primeira instância! Era um negócio diário que você tinha que cobrir, não sabia se ia haver leilão, se não ia...”. No mesmo evento, pronunciou-se da seguinte forma o professor Adilson Dallari: “Nós tivemos um exemplo disso no processo de privatização, quando houve uma incrível enxurrada de liminares de tudo quanto é jeito, concedidas em

A doutrina diverge quanto à inclusão dos conceitos jurídicos indeterminados³⁰¹ no âmbito da discricionariedade. Enquanto há quem defenda a existência de liberdade de escolha por parte do agente, segundo sua vontade, na aplicação dos conceitos vagos ou indeterminados, há quem não admita discricionariedade nesse caso, com base no entendimento de que há somente uma “unidade de solução justa”.³⁰²

Para os primeiros, o caráter fluido e impreciso do conceito indeterminado, que o torna irreduzível a uma completa objetividade, faz com que remanesça algum grau de discricção ao administrador.³⁰³ Nesses casos, não é possível contestar a coexistência de mais de uma interpretação válida, desde que elas sejam igualmente razoáveis.³⁰⁴ Como resultado, é maior o espectro de situações de exercício da discricionariedade, e conseqüentemente uma maior gama de situações infensas ao controle ou, ao menos, submetidas a um controle de menor intensidade.

No segundo grupo encontram-se aqueles que sustentam a existência de uma única solução justa para cada caso concreto.³⁰⁵ Essa tese fornece as bases para que o controle avance sobre a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, a fim de verificar se a decisão administrativa adotou a única solução correta para aquela situação específica.

No âmbito da atividade regulatória, ganha notoriedade a noção de discricionariedade técnica, a qual valorizaria a liberdade do órgão administrativo especializado na decisão de questões técnicas. A discricionariedade técnica estaria

petições sem nenhum fundamento, que revelavam, apenas, uma posição ideológica dos juizes. Há pouco tempo, na crise de energia elétrica, tivemos uma série de liminares concedendo o direito de receber energia. Mas... e a produção? A liminar gera energia elétrica?” SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEBATES E TRABALHOS APRESENTADOS EM BRASÍLIA. Setembro de 2001. *Quem controla as agências reguladoras de serviço público?* Brasília: IHB, 2003. 400p. p. 82 e 200.

³⁰¹ Por exemplo, “notável saber”, “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse público”, “segurança nacional” etc. conforme exemplificado em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 985 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo :Atlas, 2014. p. 56.

³⁰² QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

³⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 984-988.

³⁰⁴ QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

³⁰⁵ GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Editora Lumen Juris, 2005.

embasada no aparato necessário para investigação da solução mais conveniente e oportuna quando se trata de matéria técnica específica.³⁰⁶ Utiliza-se esse conceito diante da prática de atos que, mesmo envolvendo uma margem de escolha por parte da administração pública, demandam recurso a conhecimentos técnicos específicos.

307

O conceito apresentado normalmente é associado aos atos praticados pelas agências reguladoras, eis que a atividade regulatória envolve, essencialmente, a função discricionária de eleger os meios técnicos adequados ao atendimento das finalidades previstas em lei.³⁰⁸ Com efeito, uma das características da atividade estatal reguladora é a grande quantidade de normas e termos técnicos, os quais se referem a conceitos estritamente científicos e indeterminados.³⁰⁹

Mas o termo “técnico” descaracterizaria a principal qualidade de um ato discricionário: a liberdade de escolha. A ideia é a de que o critério técnico restringe as opções do agente. Se o conhecimento especializado é capaz de ditar a melhor solução para determinado problema concreto, não restaria ao administrador outra solução se não adotá-la. Por sua vez, o ato de escolha de outra solução que não a recomendada tecnicamente estaria sujeito a correção judicial.

Afinal, mesmo as escolhas técnicas podem revelar-se inteiramente impróprias, inadequadas, desarrazoadas, custosas, contrárias ao interesse público e à finalidade legal, o que ensejaria a adoção de medidas corretivas.³¹⁰

Por outro lado, o controle do ato administrativo amparado na técnica estará dificultado quando a ciência ou a técnica não oferecerem critérios claros de escolha da melhor opção.³¹¹ Nesses casos, em que a tecnicidade não é capaz de conduzir a soluções unívocas, abre-se uma margem de elasticidade na decisão que impede a

³⁰⁶ TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015. p. 30.

³⁰⁷ CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

³⁰⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris, 2005. p. 356.

³⁰⁹ GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Editora Lumen Juris, 2005.

³¹⁰ RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista do TCU*, n. 104, p. 5-16, 2005.

³¹¹ CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

formação de um juízo técnico³¹² desvinculado dos critérios de conveniência e oportunidade.

Portanto, só há que se falar em discricionariedade técnica diante da utilização de métodos não unívocos, sendo indispensável que a aplicação da técnica em jogo permita margem sobre a qual se possa exercer um ato de escolha. Vale dizer, a mera presença de um conceito, método ou técnica não é suficiente para caracterizar a discricionariedade técnica, apesar de normalmente essa particularidade ser tomada como sua nota característica. Para que haja discricionariedade, a inserção de critérios técnicos deve vir acompanhada de margens reais de opção. A discricionariedade técnica dependeria da junção entre matéria técnica, sobre a qual são exercidos os juízos de oportunidade, e análise discricionária, havendo apreciação do interesse público em concreto para justificar a ação administrativa.³¹³

Ao recorrer a critérios objetivamente aferíveis, a fundamentação técnica delimita a margem de escolha do administrador, ainda que a ciência não assegure a “certeza das decisões a adotar” e que remanesça algum juízo de conveniência e de oportunidade sobre a escolha da técnica mais adequada. Assim, embora a técnica não seja, no mais das vezes, suficiente para determinar a adoção desta ou daquela solução administrativa, a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos.³¹⁴

Após examinar doutrina local e alienígena, Sérgio Guerra conclui que não existe uniformidade de linha de pensamento acerca do que seria a discricionariedade técnica, não sendo possível nem mesmo estabelecer algum tipo de polarização com as opiniões divergentes, em virtude de sua mutiplicidade. Para o autor, o desenvolvimento dessa expressão revela apenas uma tentativa de limitação do controle jurisdicional, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração sejam substituídas pelas opções técnica realizadas pelo juiz. O que existiria, na verdade, é discricionariedade administrativa pura, ainda que, em

³¹² MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na administração pública*. 2010.

³¹³ TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015. p. 32.

³¹⁴ CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

determinados assuntos, o administrador se valha apenas de conhecimentos técnicos – e não políticos – para decidir o caso concreto.³¹⁵

Inserir-se no âmbito da discricionariedade, por exemplo, o poder de regular determinado segmento de mercado, tendo em conta a impossibilidade de o legislador definir *a priori* a melhor solução a ser adotada para todas as situações concretas que se apresentam para o administrador público. O juízo de conveniência e oportunidade na definição do conteúdo do ato regulatório deve estar em estrita sintonia com a necessidade de se adotarem soluções que, do ponto de vista técnico, econômico e social, sejam consideradas mais adequadas para a realização do interesse público.³¹⁶

Mas, conforme aponta a doutrina mais moderna, a tradicional teoria das escolhas administrativas (segmentadas em escolha vinculada e escolha discricionária) tem se mostrado insuficiente ante os graves desafios postos pela crescente complexidade, tecnicidade, mutabilidade e aceitabilidade social atual.

Essa linha doutrinária sustenta que a legitimidade da aplicação da lei por meio da regulação deve ser obtida por processos decisórios abertos, de modo a integrar da maneira mais eficiente possível a vontade do legislador pelo emprego de uma flexibilidade operativa multifuncional, a qual compreende tanto decisões com conteúdo de normatividade secundária, como decisões com conteúdo de execução e decisões com conteúdo parajudicial, dirimentes de conflitos.³¹⁷ Por isso, afirma-se que “é na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo”³¹⁸, o qual teria caráter “menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do

³¹⁵ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 153-157.

³¹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. O papel das agências no Estado brasileiro: considerações sobre a discricionariedade técnica. *Revista do TCU*, n. 98, p. 11-18, 2003.

³¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 254, maio/ago, 2010. p. 95-108.

³¹⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 202.

administrado”³¹⁹, eis que “supremacia e unilateralidade se substituem por consenso e bilateralidade”³²⁰.

Nessa linha, os mecanismos de escolha administrativa do passado se apresentam, em determinadas situações complexas, incapazes de compreender a contemporaneidade da sociedade de riscos. As políticas nacionais típicas desse novo estado de coisas se põem em prática mediante a edição de muitas regras gerais, em grande parte com indeterminações técnicas. Na prática, ocorre mais do que uma “simples integração dessas mesmas normas, como ocorre na escolha determinativa de conceito – conceito jurídico indeterminado – e na escolha discricionária – discricionariedade”.³²¹

Assim, passa-se a considerar que a categoria das escolhas administrativas acolhe também o tipo “escolha regulatória”, eis que está posto o desafio da implementação da atividade de regulação, com ampla transparência e procedimentalização da participação da sociedade diante de temas que concentram alta tecnicidade e cientificidade, sem amparo exclusivamente na compreensão valorativa dos Administradores públicos. Vale dizer, a tecnicidade do mundo moderno leva ao deslocamento da competência sobre questões complexas do poder legislativo para os reguladores.³²²

É relevante a discussão doutrinária sobre a discricionariedade (ou sobre as escolhas administrativas, incluída aí a novel concepção de escolha regulatória), porquanto traz reflexos à profundidade do controle que será exercido sobre aqueles atos.

É interessante notar que o debate sobre o controle dos atos discricionários, o qual já versou sobre a possibilidade ou não desse tipo de controle, atualmente reside na análise acerca do grau de alcance e das condições sob as quais ele deve ser exercido.

³¹⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 202.

³²⁰ CASSESE, Sabino; ORTEGA, Ortega Álvarez. *La globalización jurídica*. Marcial Pons, 2006 apud GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 92.

³²¹ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 92-93.

³²² GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 100-101.

Com efeito, não se mostra sustentável a tese de que o ato administrativo discricionário esteja completamente defeso de controle. Por essa razão, são diversas as hipóteses levantadas pela doutrina acerca da possibilidade de correção de atos praticados no âmbito da competência discricionária. A título de exemplo, poderiam ser adequadamente revistos judicialmente atos discricionários que, embora praticados dentro dos marcos legais estritos, se enquadrassem nas seguintes situações:

a) ato que viole princípios constitucionais³²³;

b) ato que contenha vício manifesto no seu processo de formação³²⁴ (seja por falhas procedimentais, seja pela ocorrência de erros na adoção de critérios técnicos³²⁵);

c) ato que, embora amplamente discricionário na previsão normativa, mostre-se vinculado no caso concreto, em virtude de os contornos fáticos daquela situação conduzirem necessariamente a outra solução, distinta da que foi adotada;³²⁶

³²³ Toda atuação da Administração Pública submete-se à supremacia da Constituição, de modo que também os atos administrativos discricionários subordinam-se aos princípios constitucionais, notadamente relacionados a direitos fundamentais. Cf CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

Os princípios constitucionais podem reduzir ou limitar a discricionariedade da administração, conforme o caso concreto. Cf RIBAS, Caroline Leal; DE CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 83-116, 2013.

No campo da discricionariedade administrativa, o controle judicial por meio de princípios de direito não consiste na substituição da decisão administrativa pela decisão própria e subjetiva do juiz. O controle por princípios deve conduzir o juiz ao âmago da decisão questionada, a fim de identificar uma explicação material amparada em princípio geral. Trata-se de técnica absolutamente necessária e indispensável ao controle do arbítrio e da injustiça do ato. Cf GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Editora Lumen Juris, 2005. p. 296-297.

³²⁴ Como o escopo idealizado pelo Estado é atingido por meio de um processo administrativo, regulá-lo é a maneira mais eficaz de controlar a administração pública, dada a possibilidade de intervenção no sentido de verificar a lisura e o esmorecimento prosseguimento dos atos administrativos dentro do processo. Cf CASTRO, Rodrigo Pironti Aguierre de. *Processo administrativo e controle da atividade regulatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 121.

³²⁵ É possível ao Poder Judiciário examinar atos discricionários para corrigir eventuais erros no estabelecimento de critérios técnicos. Cf DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: GOMES, Marcelo Barros et al. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002. p. 64.

³²⁶ A situação concreta afunila o campo de liberdade abstratamente aberto na lei e pode eliminá-lo por completo, o que pode ser verificado pelo judiciário sem que haja qualquer invasão do campo discricionário do agente. Cf BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1004.

d) ato que adote solução flagrantemente desarrazoada;³²⁷

e) ato que não encontra suporte em motivação³²⁸ adequada (ou seja, os fundamentos apresentados carecem de coerência³²⁹, racionalidade³³⁰ ou veracidade³³¹);

f) ato cometido com desvio de finalidade³³².

Em que pese essas possibilidades de controle do poder discricionário, que tendem a estreitar a margem de liberdade do agir administrativo, continuam válidas

Em casos concretos nos quais os autos e a norma discricionária a ser aplicada ofereçam elementos suficientes para que seja cabível apenas uma solução razoável, o Poder Judiciário não deverá se furtrar em aplicá-la. Cf ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009 apud TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015. p. 70.

³²⁷ Embora não caiba ao Judiciário substituir o juízo técnico pelo seu, isso pode ocorrer no caso de zona de certeza de sua manifesta irrazoabilidade. Cf SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris, 2005. p. 371.

³²⁸ A partir da motivação do ato, o administrador passa a estar vinculado aos motivos explicitados. Cf MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, n. 110, p. 71-77, 2007. Sustenta-se serem controláveis os atos administrativos discricionários por meio da sua motivação. Cf CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

O exame de decisões administrativas discricionárias deve ser feito por meio do escrutínio cuidadoso das razões da agência. Quando a decisão não apresentar suficientes fundamentos, deve ser determinado às agências que justifiquem seus atos. Cf SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Reguladoras no Direito Norte Americano. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. p. 414.

³²⁹ O juiz deve analisar se há transparência e coerência lógica na motivação científica, técnica ou de experiência, podendo ir até onde sejam possíveis os aspectos objetiváveis. Cf SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris, 2005. p. 370/371.

³³⁰ O controle judicial possibilita o controle da razoabilidade das decisões, através da exigência de suporte factual e conclusões racionais Cf SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Reguladoras no Direito Norte Americano. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. p. 410.

³³¹ O controle dos atos administrativos se estende ao exame dos motivos e da causa do ato. O ato é nulo se inexistente o motivo ou se o administrador extraiu dele consequências incompatíveis com o direito. O juiz deve proceder à análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa. Quanto ao exame da causa, cogita-se de uma congruência, de uma compatibilidade lógica, isto é, de uma relação de pertinência entre o elemento empírico, que serviu de suporte para a prática do ato, e seu conteúdo, tendo em vista a finalidade legal do ato. Cf BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 993-998.

A doutrina pátria é pacífica no entendimento de que a inexistência do motivo alegado como fundamento para a prática de qualquer ato administrativo acarreta sua nulidade. Também a desconformidade entre os motivos e a realidade acarreta a invalidade do ato. GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 262.

³³² Também na perquirição da finalidade, a fim de verificar se houve desvio de poder, o judiciário comparece a fim de controlar a legitimidade da atuação administrativa. Desvio de poder (ou desvio de finalidade) é o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída. Cf BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 993-998.

as exigências de cautela e contenção dirigidas aos órgãos de controle (sejam os judiciais, seja o Ministério Público, sejam os tribunais de contas), os quais não podem ocupar o papel dos agentes públicos do Executivo, em particular, das agências reguladoras. Eventuais excessos na atuação dos órgãos de controle, com atuação meramente substitutiva à do administrador, podem representar grave subversão das funções estatais e desconsideração à importante dimensão da especialização técnico-funcional do princípio da separação dos poderes.³³³

Vale dizer, o campo de apreciação meramente subjetiva permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro e invasão de funções em ofensa ao princípio da independência dos poderes (Constituição Federal, art. 2º).³³⁴

Toda essa discussão, normalmente travada no âmbito do controle judicial, pode dar suporte para a análise dos limites do controle externo realizado pelo TCU.

2.3. Controle Externo da Regulação

O controle externo caracteriza-se por ser exercido por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado e visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, bem como a fiel execução do orçamento³³⁵. É função do Poder Legislativo (portanto, um controle de natureza política) exercida com auxílio dos respectivos Tribunais de Contas (portanto, sujeito à apreciação técnico-administrativa). Consiste, assim, na fiscalização do povo, por meio de seus representantes, sobre a administração financeira e orçamentária³³⁶.

No que diz respeito à prestação de serviços públicos, compete ao TCU acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela

³³³ QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

³³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1008

³³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

³³⁶ SILVA, José Afonso. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010.

administração pública federal, compreendendo as privatizações de empresas, incluindo instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes³³⁷.

O controle exercido sobre os atos das agências reguladoras pode ser caracterizado como um “controle de segunda ordem”³³⁸, que não se confunde nem se sobrepõe à fiscalização realizada por elas (de se notar que o objeto de controle não são as empresas concessionárias em si, mas as agências). Busca-se identificar falhas e oportunidades de melhoria de procedimentos, a fim de evitar que as agências reguladoras afastem-se dos limites impostos pela lei ou adotem decisões não condizentes com sua finalidade legal ou resultantes da sua captura por interesses dos entes regulados³³⁹.

Especificamente em relação ao acompanhamento dos atos regulatórios, salienta-se que o TCU não atua diretamente formulando políticas públicas ou direcionando a regulação, mas sobretudo fiscaliza a atuação das agências em face de suas competências legais, de modo que estas não ultrapassem os marcos legais do setor. O foco do controle sobre as agências reguladoras dá-se basicamente em dois momentos: o primeiro, nos atos de outorga de delegação ao ente privado da prestação de um serviço público; o segundo, na execução dos contratos decorrentes dessas outorgas. O objetivo do controle nos dois momentos não é outro senão o de garantir regularidade, transparência e auditabilidade aos atos das agências. Dessa forma, ao reduzir eventuais riscos de captura pelo regulador, o Controle Externo cria condições necessárias para estabilidade das regras, o correto cumprimento dos contratos e a eficiência da regulação.³⁴⁰

Uma especificidade desse tipo de controle é a necessidade de especialização do corpo técnico para que o tribunal de contas possa se aprofundar

³³⁷ Regimento Interno do TCU, art. 1º, XV.

³³⁸ Para utilizar a expressão adotada no Acórdão 2.314/2014-TCU-Plenário.

³³⁹ COUTINHO, Maria do Amparo; GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

³⁴⁰ COUTINHO, Maria do Amparo; GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

na fiscalização de editais e contratos e no acompanhamento da execução contratual.³⁴¹

Quanto aos limites do controle externo da regulação, há de se observar a existência de acirrada controvérsia acerca da possibilidade, ou não, de as Cortes de Contas exercerem controle sobre as atividades finalísticas e sobre os atos administrativos discricionários das agências reguladoras.

Parte da doutrina (Luís Roberto Barroso, Marcos Juruena Vilela Souto e Marçal Justen Filho, entre outros) dá contornos mais restritos à amplitude desse tipo de controle, limitando-o à fiscalização de atos de gestão e despesa.³⁴² Em linhas gerais, sustenta-se que o controle deveria ater-se aos atos de gestão administrativa propriamente dita (dispêndios, licitações e contratações, atos atinentes a pessoal e respectiva remuneração), não cabendo investigar o conteúdo de decisões regulatórias.³⁴³

Outra parcela (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Soares Bugarin e Benjamin Zymler, entre outros) defende um perfil mais abrangente ao controle externo da regulação, o qual poderia alcançar as atividades-fim dos órgãos reguladores.³⁴⁴ Se o objeto da regulação são bens e serviços públicos, é

³⁴¹ VIDIGAL, José Augusto Maciel. As Agências Reguladoras e seus Poderes Especiais no Ambiente Institucional Contemporâneo Brasileiro. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

³⁴² VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 122 e OLIVEIRA, Deise Souza de. A Atuação dos Tribunais de Contas no Controle da Exploração de Rodovias Federais Delegadas aos Entes Federados. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 189.

³⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética. 2002. p. 588.

³⁴⁴ VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 124; OLIVEIRA, Deise Souza de. A Atuação dos Tribunais de Contas no Controle da Exploração de Rodovias Federais Delegadas aos Entes Federados. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 190; e MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Forum, 2005. p. 126-127.

papel do TCU aferir se os interesses afetos ao Poder Público estão sendo preservados.³⁴⁵

A segunda vertente ganha força quando, no âmbito de uma administração pública gerencial, o controle volta-se mais aos resultados (fins) do que aos processos (meios).³⁴⁶ Nos quadros desse paradigma, além do controle jurídico formal, o TCU deve exercer também um controle mais sofisticado, finalístico, de natureza operacional, o qual busca verificar se as metas das agências, os objetivos das agências ou de qualquer órgão ou entidade estão sendo ou não alcançados.³⁴⁷

Ainda que se admita que o TCU possa avaliar os atos regulatórios propriamente ditos (e não apenas os atos de gestão das agências reguladoras), haveria que se perscrutar acerca da amplitude desse controle e em que medida ele é limitado pela discricionariedade do regulador.

Nesse ponto, pode contribuir a discussão sobre o alcance do controle judicial sobre os atos discricionários, abordado no tópico anterior. Não é desarrazoado defender a possibilidade de o controle externo alcançar o ato discricionário naquelas mesmas hipóteses excepcionais, mencionadas alhures, em que se admite o controle pelo poder judiciário.³⁴⁸

Em adição, é preciso considerar que a fiscalização realizada pelo TCU abrange não só a legalidade, mas também a legitimidade³⁴⁹, a economicidade³⁵⁰ e a

³⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Forum, 2005. p. 126-127.

³⁴⁶ BRASIL, Presidente. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

³⁴⁷ Manifestação de Benjamin Zymler, Ministro do Tribunal de Contas da União, em Seminário Internacional organizado pelo Instituto Helio Beltrão em setembro de 2001. SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEBATES E TRABALHOS APRESENTADOS EM BRASÍLIA. Setembro de 2001. *Quem controla as agências reguladoras de serviço público?* Brasília: IHB, 2003. 400p. p. 46.

³⁴⁸ Conforme assinalado, o controle sobre a discricionariedade poderia ocorrer nos casos de violação a princípios constitucionais, vício no procedimento, vinculação do agente a solução distinta da adotada devido aos contornos do caso concreto, solução flagrantemente desarrazoada, falhas identificadas na análise da motivação e desvio de finalidade.

³⁴⁹ A verificação quanto à legitimidade diz respeito a avaliar se o ato controlado realiza o direito fundamental que lhe é subjacente na medida e na profundidade exigida pela Constituição. Cf CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas - Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015. p. 161.

³⁵⁰ O vocábulo economicidade se vincula, finalisticamente, no plano da ciência econômica e da teoria geral da administração, à idéia fundamental de desempenho qualitativo. Como parâmetro de controle permitiria avaliar, portanto, a obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. Cf BUGARIN, Paulo

eficiência³⁵¹, o que fornece maiores possibilidades de parâmetros para o exercício da atividade de controle.³⁵² Ademais, a previsão constitucional para a realização de auditorias de natureza operacional - as quais agregam dimensões de desempenho ao controle -³⁵³ é o principal fundamento apontado para a defesa da possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem controle sobre as atividades-fim e sobre os atos discricionários das agências reguladoras.³⁵⁴

Num cenário de escassez, um dos objetivos primordiais do controle é a busca da melhor aplicação dos recursos financeiros. Superada a era dos controles de índole meramente formal, é possível afirmar, à luz do ordenamento jurídico pátrio, que os atos discricionários podem ser passíveis de censura, seja pelo Poder Judiciário, seja pelos órgãos de controle. Com efeito, nos limites estabelecidos pelo Legislador Constituinte³⁵⁵, cumpre ao TCU avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados pelos jurisdicionados. Dessa forma, o Tribunal não exorbita de suas funções quando, detectada ineficiência, ilegitimidade ou antieconomicidade no ato administrativo discricionário, entre outras hipóteses, assina prazo para adoção das providências cabíveis.³⁵⁶

O controle da discricionariedade – o qual busca evitar o arbítrio e o desperdício – passa pelo exame dos fundamentos de fato e de direito que

Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 210.

³⁵¹ O vocábulo eficiência liga-se à ideia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; significa obter o máximo de resultados de um programa a ser realizado, como produtividade no exercício de atribuições. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 242.

³⁵² Constituição Federal, art. 70, *caput*.

³⁵³ Constituição Federal, art. 71, inciso IV. A auditoria operacional é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública. Enquanto a eficácia relaciona-se ao grau de alcance das metas programadas (bens e serviços), a efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Cf BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Manual de auditoria operacional*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2010.

³⁵⁴ VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 130.

³⁵⁵ Constituição Federal, art. 37, *caput*, c/c art. 70, *caput*, além dos princípios implícitos, como o da razoabilidade.

³⁵⁶ VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 147.

ensejaram a prática de um ato. Sempre que a motivação for aceitável, denotando efetivo cumprimento às normas em vigor, não caberá a interferência do TCU.³⁵⁷

Especificamente quanto às atividades dos entes reguladores, cabe às Entidades de Fiscalização Superior – o TCU entre elas - adentrar na análise dos fundamentos técnicos das escolhas administrativas. Assim, a análise de experiências estrangeiras revela que o controle das atividades-fim dos entes reguladores é uma realidade mundo afora e uma característica do sistema de freios e contrapesos.³⁵⁸

Constata-se, pois, que as Entidades Fiscalizadoras Superiores desempenham um importante papel na sustentabilidade e no aperfeiçoamento dos regimes regulatórios, motivo pelo qual adentram suas atividades de controle até mesmo nos atos considerados discricionários, com vistas a verificar sua razoabilidade³⁵⁹ e adequação. Isso porque a independência dos entes reguladores, essencial para que esses exerçam seus papéis de forma isenta, pode levar também a comportamentos indesejados por parte daqueles que delegaram mandatos específicos para os referidos entes.³⁶⁰

De qualquer forma, a par da discussão doutrinária, é fato que, na prática, o Tribunal tem exercido controle sobre a atividade regulatória³⁶¹, ainda que se possa

³⁵⁷ VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo/Tribunal de Contas da União*. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 147.

³⁵⁸ Os casos de Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Portugal e Argentina foram analisados em estudo apresentado em QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

³⁵⁹ Conceito entendido como a coerência lógica nas decisões administrativas, a adequação entre meios e fins e a adequada consideração acerca dos interesses direta ou indiretamente envolvidos na decisão. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 244.

³⁶⁰ QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010. p. 209.

³⁶¹ Desde o ano de 1998, o TCU tem adaptado a sua estrutura organizacional para realizar o controle da regulação, com unidades especializadas em desestatizações, concessões e agências reguladoras. Assim, embora ainda remanesçam divergências doutrinárias, no seio do Tribunal a matéria encontra-se já pacificada, não havendo quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de fiscalização das atividades regulatórias das agências. Dessa forma, o TCU tem efetivamente atuado no controle das atividades-fim das agências em diversos setores econômicos, tais como: energia elétrica, telecomunicações, portos, rodovias, ferrovias, transportes de passageiros interestaduais e internacionais, petróleo e gás natural, saúde, saúde suplementar, água etc. Cf QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do*

discutir, a cada caso, qual o alcance dessa atribuição. As fiscalizações promovidas pelo TCU envolvem a formação de juízo sobre os resultados, a economicidade, a eficiência e a efetividade da atuação dos entes reguladores. Mais que isso, identifica e recomenda práticas de gestão regulatórias que possam alavancar o desempenho dos entes envolvidos, analisa a governança do regime regulatório e, ainda, busca criar um histórico em políticas de regulação que sirva de base para tomadas de decisões, sem, contudo, sobrepor-se e confundir-se com o papel do regulador.³⁶²

Esse avanço do controle sobre a atividade regulatória tem despertado constantes críticas acerca da competência do Tribunal para desempenhar tal atividade.

Contra o controle externo exercido pelo TCU sobre os atos regulatórios argumenta-se, em geral, que: essa atuação seria ilegal ou inconstitucional; suas recomendações e determinações³⁶³ seriam uma ingerência sobre a autonomia dos órgãos reguladores; o TCU estaria regulando o mercado em substituição ao próprio regulador; e a atuação do TCU acabaria resultando em insegurança jurídica.³⁶⁴

O maior receio que existe é o de que a atuação dos órgãos de controle seja excessiva³⁶⁵, de maneira meramente substitutiva dos agentes reguladores, sem

controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010. p. 214.

³⁶² MARTINS, Paulo Roberto Wiechers et al. Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação. *Revista do TCU*, n. 104, p. 32-40, 2005.

³⁶³ É relevante estabelecer distinção entre as determinações (cogentes) e as recomendações (não cogentes) proferidas pelo Tribunal de Contas da União. Na fiscalização das agências reguladoras, a adoção de determinações seria mais voltada a casos que envolvam atos vinculados. Nesse sentido, sempre que a lei e o regulamento abram campo para a deliberação autônoma do ente regulador, e não se caracterizam ilegalidades nas decisões das agências reguladoras, o Tribunal lhes endereça recomendações, respeitando-lhes inclusive a faculdade de avaliar a oportunidade e a conveniência de adotar – ou não – as sugestões assim formalizadas. Por serem feitas em caráter de colaboração, sem qualquer vezo coercitivo, as recomendações respeitam os limites de competências técnica e regulamentar do regulador. Cf QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010. p. 237.

³⁶⁴ MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, n. 110, p. 71-77, 2007.

³⁶⁵ Muitas vezes, a crítica centra-se no excesso de modalidades de controle, como se depreende da manifestação de Pedro Parente, então Ministro-Chefe da Casa Civil, em Seminário Internacional organizado pelo Instituto Helio Beltrão em setembro de 2001: “Vivemos numa sociedade de demandas crescentes, num mundo que muda com velocidade cada vez maior (...). Trata-se de uma sociedade em que os requerimentos sobre o governo são cada vez maiores e que, portanto, o governo tem de estar preparado para mudar, ser flexível. Nesse sentido, é fundamental uma gestão empreendedora, em que os administradores públicos possam ter a autonomia necessária para poder provocar essas mudanças. (...) O que coloco para discussão é

levar em conta a importante dimensão da especialização técnico-funcional do princípio da separação dos poderes.³⁶⁶ Ainda que se considere de fundamental importância a participação do TCU nos processos de concessões de serviços públicos, critica-se quando ele se excede na análise de questões de caráter regulatório e chama para si a tomada de “decisões administrativas” que deveriam permanecer a cargo do regulador.³⁶⁷

O Tribunal de Contas da União possui equipes cada vez mais especializadas em determinado setor³⁶⁸, o que coloca seus agentes em condições de dialogar tecnicamente com os reguladores. Mas, ainda assim, questiona-se se é desejável ou legítimo o crescimento de um “ativismo de contas”³⁶⁹ ou uma “autonomização do controle”³⁷⁰.

saber se essa multiplicidade de controles que já existem não pode ser conflitante, se permite a essas agências a flexibilidade que vejo no mundo de hoje.” No mesmo evento, pronunciou-se Paulo Pedrosa, então diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), da seguinte forma: “Outro ponto importante é a quantidade de fiscalizações a que os órgãos reguladores estão submetidos. Num levantamento rápido, feito ainda hoje pela manhã, nós identificamos não demandas no sentido de envio de informações, mas demandas que exigem esforço de processamento interno da agência: 218 demandas a partir de janeiro deste ano. São demandas do TCU, da Secretaria de Fiscalização e Controle da Fazenda [que veio a se transformar na CGU e, depois no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle], da AGU, de Procuradorias Estaduais e mesmo Municipais, do Ministério Público Federal (...)” SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEBATES E TRABALHOS APRESENTADOS EM BRASÍLIA. Setembro de 2001. *Quem controla as agências reguladoras de serviço público?* Brasília: IHB, 2003. 400p. p. 14-15, 178.

³⁶⁶ QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010. p. 185.

³⁶⁷ OLIVEIRA, Anderson Marcio de. O papel do Tribunal de Contas da União na regulação econômica dos serviços públicos: análise dos arrendamentos portuários. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 40, novembro/dezembro/janeiro, 2014-2015. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-40-NOVEMBRO-2014-ANDERSONOLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

³⁶⁸ Em relação à especialização técnica, alguns autores questionam a possibilidade de o TCU montar equipes altamente profissionais e capacitadas para auditar as agências. Além disso, ponderam que a constituição de equipes de auditores cada vez mais especialistas pode representar, considerada a existência concomitante das agências, uma sobreposição institucional com várias conseqüências do ponto de vista organizacional: desperdício de recursos públicos, duplo comando, imprevisibilidade da regulação, entre outras. Cf GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 615-630, 2006.

³⁶⁹ Ativismo de Contas poderia ser caracterizado pela realização da atividade de controle externo de maneira a interferir com mais vigor no âmbito da Administração Pública, visando concretizar, em maior ou menor grau, os valores e os fins estabelecidos na Constituição. Vale dizer, as competências atribuídas aos Tribunais de Contas passariam a ser exercidas de forma mais ativa, principalmente nos casos de insuficiência/inexistência de políticas públicas. A defesa desse tipo de postura pode ser encontrada em CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas - Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015. p. 198.

³⁷⁰ Segundo o qual o controle se expande e passa a ser visto como um fim em si mesmo, conforme crítica desenvolvida em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração

É importante notar que o avanço sobre a esfera de discricionariedade da competência executiva acaba produzindo reflexos ainda mais impactantes quando se trata de atos regulatórios de caráter estritamente técnico, praticados após procedimentos complexos, com a participação dos diretamente interessados e baseados em laudos técnicos. Muitas vezes desconsidera-se que essas decisões regulatórias levam em conta não apenas uma política setorial específica, mas o ambiente econômico, político e social e a análise das repercussões futuras envolvidas.³⁷¹

Em alguns casos, as críticas à atuação do controle externo passam a constituir matéria de defesa das partes nos próprios processos que tramitam no Tribunal.³⁷²

Diante de todas essas considerações, é aceito que não deve o TCU interferir em escolhas regulatórias adotadas em face de um leque de soluções igualmente legais, legítimas, eficientes e econômicas. Por outro lado, havendo soluções que se mostrem mais viáveis do que a adotada, deve o TCU perquirir a motivação da opção escolhida e, se for o caso, observado o devido processo legal, deliberar a respeito.³⁷³

Em contraponto às recorrentes críticas, pondera-se que a atuação do TCU no contexto regulatório objetiva assegurar regularidade, transparência e assessoramento aos atos das agências reguladoras a fim de evitar que tais entidades se distanciem dos limites impostos por lei ou de que divirjam de suas

Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 221 apud ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 17.

³⁷¹ TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015. p. 66

³⁷² No Acórdão 2.832/2016-TCU-Plenário, por exemplo, por meio do qual o TCU apreciou recurso (pedido de reexame) interposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) em face de determinações dirigidas a ela, uma das razões recursais apresentadas pela recorrente abordava essa questão. Com efeito, sustentava-se no recurso, entre outras alegações, que o TCU somente estaria autorizado a fiscalizar as atividades da agência que efetivamente implicassem dispêndios de recursos públicos, ou seja, apenas as atividades administrativas. Segundo essa tese, que foi rejeitada no julgamento do recurso, as atividades-fim da Aneel não importariam o dispêndio de recursos públicos e estariam expressamente excluídas da esfera de fiscalização do TCU. Também foi levantado pelo recorrente, e afastado pelo Tribunal, o argumento de que teria sido invadido o espaço de discricionariedade técnica do agente regulador.

³⁷³ VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo/Tribunal de Contas da União*. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 139.

missões institucionais. Ademais, o controle externo dos reguladores, idealmente, é uma forma de fortalecimento do próprio ambiente regulatório, podendo ensejar o aumento da credibilidade de compromissos assumidos.³⁷⁴

Compete ao TCU analisar os fundamentos jurídicos, econômicos e financeiros contidos nos estudos técnicos empreendidos pelos reguladores. Havendo falhas, ilegalidades, irregularidades ou inconsistências, o TCU pode determinar ou recomendar correções. Essas determinações ou recomendações, em vez de ensejar insegurança, aumentariam a confiança de usuários, concessionários e poder público na regulação. Nesse sentido, as escolhas regulatórias - metodologias, técnicas e objetivos - seriam sempre feitas pelos órgãos reguladores, cabendo ao TCU averiguar se tudo foi feito conforme proposto, se houve erro nos cálculos ou no emprego das metodologias e se foram obedecidos os princípios constitucionais e legais que norteiam a atuação da administração pública.³⁷⁵

Ocorre que, na prática, nem sempre é tarefa simples identificar quando há avanço do controle sobre a discricionariedade na atividade regulatória.

3. DISCRICIONARIDADE NA ATIVIDADE REGULATÓRIA E CONTROLE EXTERNO: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL

Algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União foram selecionadas e examinadas a fim de verificar como se dá, na prática, a relação entre discricionariedade e controle externo no âmbito da atividade regulatória e identificar possíveis avanços indevidos do Tribunal sobre a esfera de liberdade de decisão do regulador.

³⁷⁴ DOURADO, Rodolfo Maciel. *O controle externo sobre as agências reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades*. 2011. 151f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Rio de Janeiro, 2011. p. 141. No mesmo sentido, defende-se que o TCU criou sistema de controle de processos de desestatização que, em geral, tem contribuído para o desenvolvimento e solidificação de melhores práticas em matéria de concessões. ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 244.

³⁷⁵ MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, n. 110, p. 71-77, 2007.

Tendo em conta a situação prática atual³⁷⁶, toda a reflexão doutrinária exposta no tópico precedente³⁷⁷ e as decisões proferidas pelo Tribunal sobre a matéria³⁷⁸, podemos considerar razoável a postura que admite a existência de controle sobre a atividade regulatória (atividade-fim), desde que as deliberações proferidas não venham a substituir ou concorrer com o juízo próprio do administrador.

Deve o Tribunal, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores almejando assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população. Entretanto, percebendo omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade.³⁷⁹

A decisão do Tribunal pode ser considerada excessiva se, diante de opções igualmente válidas no que tange à legalidade, à legitimidade e à economicidade, ele rejeita a opção do regulador e determina a adoção de outra solução possível. Seriam adequadas, por outro lado, por exemplo, as determinações proferidas naquelas

³⁷⁶ Conforme visto, o Tribunal, de fato, exerce controle sobre as atividades-fim das agências reguladoras, tendo composto, inclusive, equipes especializadas na matéria. Ademais, de maneira geral, ainda que se possa criticar a intensidade do controle em alguns casos, essa atuação é aceita pelas agências reguladoras, pelos ministérios envolvidos e pelo setor regulado.

³⁷⁷ Em que se encontram tanto opiniões que negam qualquer tipo de controle da atividade-fim das agências reguladoras quanto opiniões que defendem a importância do controle externo, inclusive para dar maior confiabilidade ao ambiente regulatório, dado o risco de que as agências possam não desempenhar adequadamente suas atividades. De qualquer modo, é interessante notar que mesmo aqueles que desenvolvem críticas sobre a participação do Tribunal em determinados casos concretos admitem a contribuição do Tribunal, a exemplo de OLIVEIRA, Anderson Marcio de. O papel do Tribunal de Contas da União na regulação econômica dos serviços públicos: análise dos arrendamentos portuários. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 40, novembro/dezembro/janeiro, 2014-2015. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-40-NOVEMBRO-2014-ANDERSONOLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

³⁷⁸ Na interpretação dada pelo Tribunal às suas próprias atribuições, o controle externo da atividade regulatória pode ser adequadamente exercido desde que não se substitua aos órgãos que controla, nem estabeleça o conteúdo do ato de competência do órgão regulador, determinando-lhe a adoção de medidas (Acórdão 715/2008-TCU-Plenário). Verificada qualquer violação de disposição legal expressa, em ato vinculado, poderá o Tribunal determinar ao agente regulador que adote medidas tendentes ao saneamento do ato tido por irregular. Já, no caso de ato discricionário, praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe a esta Corte, tão-somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas. Não se suprime, contudo, a competência do TCU para determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que este sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade. Em tal hipótese, poderá o Tribunal até mesmo determinar a anulação do ato, se grave for a irregularidade perpetrada. (Acórdão 602/2008-TCU-Plenário). No caso de ato praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe ao TCU, tão somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas Acórdão 2.832/2016-TCU-Plenário).

³⁷⁹ ZYMLER, Benjamim. O Papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. *Revista Fórum Administrativo*, nº 11, 2002.

situações em que uma única decisão apresenta-se como apropriada. Também seriam adequadas aquelas deliberações proferidas mediante recomendação, ainda que versem sobre matéria discricionária, eis que, conforme exposto alhures, as recomendações não têm caráter cogente ou coercitivo, respeitando os limites de competências técnica e regulamentar do agente administrativo.

No presente trabalho, intentou-se verificar como essas questões são conduzidas na prática do Tribunal, diante dos casos concretos com que se depara.³⁸⁰

Foram, então, selecionadas as decisões mais recentes³⁸¹ proferidas pelo Tribunal de Contas da União no âmbito da regulação do setor portuário.³⁸² Concentrou-se sobre determinações e recomendações dirigidas, nessas decisões, à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)³⁸³, atores governamentais relacionados à regulação portuária em âmbito federal³⁸⁴.

A partir desse filtro, foram identificadas 23 deliberações, entre determinações³⁸⁵ e recomendações³⁸⁶, distribuídas³⁸⁵ em quatro acórdãos do Tribunal de Contas da União³⁸⁷, todas listadas no Apêndice A^{388, 389}.

³⁸⁰ Considera-se que, muitas vezes, posturas teóricas ou intelectuais completamente antagônicas no que diz respeito a determinada tese abstrata podem convergir quanto à solução adequada quando estão diante dos contornos de um mesmo caso concreto.

³⁸¹ Acórdãos unitários proferidos pelo TCU entre 1/1/2015 e 30/6/2016, quando do início da pesquisa. Foram excluídos os julgamentos em grau de recurso, por revisitarem matéria já apreciada.

³⁸² Optou-se pelo setor portuário tendo em vista a relevância adquirida nos julgados do Tribunal diante das recentes alterações promovidas pela nova lei dos Portos (Lei 12.815/2013).

³⁸³ De se destacar que, no controle da regulação, o TCU atua sobre o regulador e não sobre os regulados.

³⁸⁴ Como o foco do trabalho foi a intervenção do TCU sobre a regulação, desconsideraram-se as deliberações que se limitavam a aprovar procedimentos, dar ciência sobre impropriedades ou determinar o envio de documentos.

³⁸⁵ Foram levantadas onze determinações dirigidas exclusivamente à Antaq, cinco determinações dirigidas exclusivamente à SEP/PR e duas determinações dirigidas às duas entidades simultaneamente.

³⁸⁶ Foram levantadas uma recomendação dirigida exclusivamente à Antaq, uma recomendação dirigida exclusivamente à SEP/PR e três recomendações dirigidas às duas entidades simultaneamente.

³⁸⁷ Acórdãos 2.200/2015-TCU-Plenário, 2.413/2015-TCU-Plenário, 787/2016-TCU-Plenário e 1.439/2016-TCU-Plenário.

³⁸⁸ É possível verificar o exato teor das deliberações mencionadas e os fundamentos que as sustentam mediante acesso ao sítio do Tribunal de Contas da União (www.tcu.gov.br).

³⁸⁹ Reconhece-se que a amostra não foi aleatoriamente selecionada e, evidentemente, não pode ser considerada representativa da postura que o Tribunal adota em seus julgamentos de maneira geral. Dessa forma, não se pretendeu expandir os resultados dos casos particulares para a atuação geral do Tribunal, mas apenas exemplificar como a discussão travada na teoria se materializa nos casos concretos.

Nos problemas concretos examinados, o Tribunal atuou tendo como objeto a atividade desempenhada pelas agências³⁹⁰, não se arvorando em formular política pública ou direcionar a regulação³⁹¹. De maneira geral, revela-se o cuidado de exigir regularidade, eficiência e auditabilidade dos atos das agências, zelando por estabilidade da regulação e cumprimento das cláusulas contratuais.

Constata-se que, diante de problemas concretos, o grau de interferência do Tribunal sobre a atividade regulatória varia conforme a situação encontrada e os contornos fáticos e jurídicos do caso.

Há situações cujos elementos circundantes transmitem maior convicção de que a atuação da Corte de Contas se deu de modo não excessivo ou mais contido. É o caso, por exemplo, da determinação veiculada no item 9.4 do Acórdão 787/2016-TCU-Plenário, a qual se fundamentou em resolução da própria Antaq³⁹². Também expressam um esforço de contenção do Tribunal os casos das recomendações expedidas quando verificadas oportunidades de melhoria em virtude de boas práticas e entendimentos mais modernos quanto à questão examinada ou quando admitido que a agência possa identificar solução mais adequada de acordo com os problemas concretos examinados.³⁹³ Cumpriria, então, às entidades reguladoras avaliar a conveniência e a oportunidade de seguir a solução indicada pelo Tribunal.

Em outras situações, ao identificar riscos e fragilidades na opção regulatória da agência, o Tribunal determinou que fossem apresentadas, a cada caso concreto, fundamentações consistentes que demonstrassem a adequação e a regularidade da solução adotada.³⁹⁴ E, ao verificar deficiências e falta de padronização nas análises feitas pelos órgãos técnicos, o Tribunal determinou que fossem desenvolvidos procedimentos padronizados e metodologias a serem percorridos pelo regulador para a análise de estudos de viabilidade³⁹⁵, projeto executivo³⁹⁶ e preenchimento de

³⁹⁰ Destaque-se que a elas foram dirigidas as deliberações do Tribunal.

³⁹¹ Cumpra à própria agência desenvolver o conteúdo da solução dos problemas apontados pelo Tribunal.

³⁹² A Resolução-Antaq 2.240/2011 (art. 12, inciso VIII) torna obrigatório que o edital contenha determinada regra (parâmetros mínimos de qualidade e produtividade). Ao verificar a inexistência desses parâmetros, o Tribunal determinou que eles fossem regulamentados.

³⁹³ Itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário e itens 9.5.1, 9.5.2 e 9.5.3 do Acórdão 2.413/2015-TCU-Plenário.

³⁹⁴ Item 9.1.2 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário e item 9.4 do Acórdão 2.413/2015-TCU-Plenário.

³⁹⁵ Item 9.2.1 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário.

condições para navegação de longo curso nos portos brasileiros³⁹⁷. De se notar que, em todos esses casos, o Tribunal remete à própria agência o conteúdo das decisões, exigindo apenas fundamentação adequada e procedimento padronizado.

Houve situações em que o TCU determinou à agência que cumprisse suas funções e verificasse, caso a caso, o preenchimento de critérios legais ou o atendimento às cláusulas contratuais que condicionavam determinado ato submetido ao controle do regulador.³⁹⁸ Da mesma forma, determinou-se que fosse analisada pela agência a razoabilidade dos critérios de cobrança de determinada taxa³⁹⁹, fossem realizados estudos sobre a questão⁴⁰⁰ ou fossem reguladas certas atividades desempenhadas pelas concessionárias e demais agentes econômicos envolvidos⁴⁰¹. Nesses casos, o Tribunal havia constatado a omissão da agência reguladora no desempenho de suas funções, o que teria acarretado abuso por parte da concessionária em prejuízo dos usuários.

Por fim, são dignos de nota os casos em que o Tribunal vislumbrou riscos graves diante de certa situação e determinou à agência que implementasse medidas mitigadoras⁴⁰².

Nos casos selecionados, de maneira geral, o TCU atuou a partir de situações que demandavam correção na atuação da agência (seja para dar cumprimento a disposições legais e normativas, seja para prevenir riscos de abusos por parte dos regulados, seja para tornar a regulação mais eficiente e efetiva). Nessas deliberações, percebe-se que a Corte de Contas tende a demonstrar atenção ao espaço de discricionariedade dos reguladores⁴⁰³ deixando a seu cargo a definição do conteúdo do ato regulatório.

³⁹⁶ Item 9.2.3 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário.

³⁹⁷ Item 9.3.4 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

³⁹⁸ Item 9.3.1.1 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

³⁹⁹ Item 9.3.1.2 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

⁴⁰⁰ Item 9.6.3 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

⁴⁰¹ Itens 9.3.3 e 9.3.5 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

⁴⁰² Item 9.3 do Acórdão 2.413/2015-TCU-Plenário e itens 9.1.1, 9.1.3 e 9.1.5 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário.

⁴⁰³ Num dos casos, a relatora consigna expressamente que “Há de se registrar, contudo, que não é objetivo do controle externo substituir o gestor na definição das regras ou mesmo realizar aprovação prévia do instrumento normativo a ser desenvolvido pela agência reguladora.” (Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário).

Em alguns casos, todavia, não é clara a linha demarcatória da margem de discricionariedade, o que faz com que seja tênue a distinção entre atuação contida e excessiva do Tribunal.

Destaque-se, por exemplo, o caso da determinação proferida no item 9.2.2 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário. O TCU constatou falhas na avaliação dos dados econômico-financeiros, as quais decorriam da inexistência de um plano de contas específico do setor.

Inicialmente, a relatora do processo entendeu que determinar a criação do plano de contas seria imiscuir-se, indevidamente, sobre a discricionariedade do agente, razão pela qual propunha realizar recomendação com esse teor. Basicamente, não havia nenhuma norma que obrigasse a agência a elaborar o plano de contas específico.

Todavia, a relatora modificou seu entendimento e acompanhou o voto revisor que divergia nesse ponto, por entender que, como a ação estava dentro das competências da Antaq e era necessária para preservar a sua finalidade e o interesse público, não restava outra alternativa à agência que não fosse elaborar o referido plano, o que possibilitaria ao Tribunal expedir determinação no caso. E assim foi feito.

Em síntese, não é incontroverso caracterizar determinado ato de discricionário, estando a matéria, grande parte das vezes, sujeita ao procedimento de argumentação jurídica, o que, por consequência, pode vir a elastecer ou reprimir a ação do controle.

Admitida essa hipótese, o processo de controle externo, em especial por contar com contraditório e possibilidade de recurso, cumprirá o papel fundamental de criar um ambiente dialético, em que visões contrapostas serão explicitadas a fim de que, ao menos idealmente, prevaleça a autoridade do melhor argumento.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Ressalte-se, por exemplo, a decisão proferida no Acórdão 2.832/2016-TCU-Plenário (já mencionado), na qual o Tribunal deu provimento parcial ao pedido de reexame interposto pela Aneel e converteu duas determinações em recomendações, em respeito à margem de discricionariedade da agência para decidir as questões discutidas naquele caso.

4. CONCLUSÃO

A Administração Pública contemporânea movimenta-se em ambiente de grande complexidade: escassez de recursos; altas demandas de cidadãos por serviços públicos que atendam, com eficiência, a seus direitos fundamentais; necessidade de investimentos em infraestrutura; instabilidades e incertezas dos valores que permeiam uma sociedade altamente plural.

Como resposta a esse contexto, o Estado passa a atuar segundo uma lógica regulatória, o que lhe permite maior flexibilidade para enfrentar esses desafios.

O controle deve se transformar na mesma medida para que possa acompanhar essa evolução e contribuir para o aprimoramento da atuação estatal, sem que se converta em fator de instabilidade em um ambiente de pede o incremento da segurança jurídica e da previsibilidade a fim de favorecer os investimentos. Por isso, urge que se reflita sobre sua atuação de modo a compreender melhor seu papel e seus limites.

Agentes reguladores, setores regulados, doutrina e Tribunal de Contas da União convergem para apontar, como um dos principais limites ao controle externo da regulação, a discricionariedade - aqui entendida de maneira ampla, como escolha administrativa.

Dessa forma, ainda que não esteja afastada a fiscalização da atividade discricionária, admite-se a existência de um espaço de liberdade de escolha que não pode ser expropriado do agente administrativo – o regulador, em especial – pelo agente de controle.

Por outro lado, pondera-se que os parâmetros de controle da legitimidade, da economicidade e da eficiência e a competência constitucional para a realização de auditorias operacionais alargam o espectro de situações sindicáveis pelo Tribunal de Contas.

Como critério de análise, considera-se que o controle mantém-se dentro de seus limites quando, ao zelar pela atuação adequada dos entes reguladores, não intenta substituí-los ou concorrer com o juízo próprio deles, definindo o conteúdo do ato regulatório em situações que admitem soluções variadas.

A análise de julgados recentes revela cautela e contenção da Corte de Contas em relação à margem de decisão própria do regulador, evitando imiscuir-se indevidamente sobre suas competências. Entretanto, nem sempre é determinado o espaço de discricionariedade na regulação, e por consequência os limites do controle, o que pode levar a questão a ser definida mediante procedimento dialético de argumentação jurídica no âmbito do processo de controle externo.

5. REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís; AMATO, Fábio. Infraestrutura depende da ampliação das concessões, dizem especialistas. *Portal G1*. 11 de junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/infraestrutura-depende-da-ampliacao-das-concessoes-dizem-especialistas.html>>. Acesso em 14 de junho de 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Míriam Lúcia. Regulação Econômica. In: CASTRO, Cármem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO, Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2, p. 366.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução 2.240, de 4 de outubro de 2011. Aprova a norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados. *Diário Oficial da União*. 7 de outubro de 2011, seção I.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *PPA 2016-2019 – Mensagem Presidencial*. Brasília: MPOG, Secretaria de Planejamento e Investimento Estratégico, 2015.

BRASIL. Presidente. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 602/2008. Plenário. Acompanhamento do 1º estágio do leilão para contratação de energia nova, UHE de Jirau. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 715/2008. Plenário. Acompanhamento da revisão tarifária, pela ANTT, do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Relator: Augusto Nardes. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.314/2014. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional relativa a esclarecimentos acerca da atuação e desempenho da Companhia Energética de Alagoas (Ceal) e de realização de auditoria nessa distribuidora. Relator: José Jorge. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.200/2015. Plenário. Acompanhamento dos procedimentos para prorrogação antecipada de contratos de concessões portuárias. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.413/2015. Plenário. Acompanhamento do 1º estágio das concessões de áreas e instalações localizadas nos portos organizados de Santos, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 787/2016. Plenário. Arrendamento do Terminal de fertilizantes e de ração animal do Porto de Imbituba/SC. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.439/2016. Plenário. Denúncia acerca de possíveis omissões na atuação da Antaq. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.832/2016. Plenário. Pedido de Reexame acerca do Primeiro estágio do Leilão 13/2015-Aneel. Relator: Vital do Rego. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo :Atlas, 2014.
- CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas - Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguierre de. *Processo administrativo e controle da atividade regulatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COUTINHO, Maria do Amparo; GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: GOMES, Marcelo Barros et al. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002.
- DOURADO, Rodolfo Maciel. *O controle externo sobre as agências reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades*. 2011. 151f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Rio de Janeiro, 2011.
- FREITAS, Juarez. Teoria da regulação administrativa sustentável. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, p. 117-145.
- FURTADO, Lucas Rocha. O papel das agências no Estado brasileiro: considerações sobre a discricionariedade técnica. *Revista do TCU*. n. 98, p. 11-18, 2003.

- GOMES JÚNIOR, Admarco Bonifácio. Modernidade, Pós-Modernidade e Hipermodernidade. In: CASTRO, Cármem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO, Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2.
- GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 615-630, 2006.
- GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Editora Lumen Juris, 2005.
- GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética. 2002.
- MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, n. 110, p. 71-77, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Forum, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- MARTINS, Paulo Roberto Wiechers et al. Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação. *Revista do TCU*, n. 104, p. 32-40, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 254, maio/ago, 2010.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na administração pública*. 2010.
- NUNES, António José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. *Revista Seqüência*, nº 54, p. 9-18, jul. 2007.
- OLIVEIRA, Anderson Marcio de. O papel do Tribunal de Contas da União na regulação econômica dos serviços públicos: análise dos arrendamentos portuários. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 40, novembro/dezembro/janeiro, 2014-2015. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-40-NOVEMBRO-2014-ANDERSONOLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.
- OLIVEIRA, Deise Souza de. A Atuação dos Tribunais de Contas no Controle da Exploração de Rodovias Federais Delegadas aos Entes Federados. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo/Tribunal de Contas da União*. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.
- PEREIRA, Renée. TCU toma lugar das Agências Reguladoras. *O Estado de São Paulo*. 25 de abril de 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-toma-lugar-das-agencias-reguladoras,10000027856>. Acesso em 14 de junho de 2016.
- QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.
- RIBAS, Carolline Leal; DE CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 83-116, 2013.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Livraria Del Rey Editora, 1994.
- RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista do TCU*, n. 104, p. 5-16, 2005.

- ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEBATES E TRABALHOS APRESENTADOS EM BRASÍLIA. Setembro de 2001. *Quem controla as agências reguladoras de serviço público?* Brasília: IHB, 2003. 400p.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Reguladoras no Direito Norte Americano. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.
- SILVA, José Afonso. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris, 2005.
- TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015.
- VIDIGAL, José Augusto Maciel. As Agências Reguladoras e seus Poderes Especiais no Ambiente Institucional Contemporâneo Brasileiro. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo/Tribunal de Contas da União*. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.
- VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo/Tribunal de Contas da União*. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.
- WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de direito administrativo*, v. 264, p. 13-56, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia e democracia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- ZYMLER, Benjamim. O Papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. *Revista Fórum Administrativo*, nº 11, 2002.

Apêndice A – Deliberações selecionadas para análise no presente estudo.

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
2.200/2015 (Acompanhamento dos Procedimentos para Prorrogação Antecipada de Contratos de Concessões Portuárias)	1	9.1.1	Determinação (SEP/PR)	Estabelecer nos termos aditivos de prorrogação antecipada: cláusula resolutiva condicionando sua validade à observância de prazo para a efetiva implementação do plano de investimentos; cláusulas contratuais específicas para aplicação de sanções em caso de atrasos injustificados; e cláusula contratual que atribua ao arrendatário os riscos decorrentes das exigências impostas pelos órgãos ambientais no licenciamento dos empreendimentos.	Riscos de que não seja cumprido o plano de investimentos pactuado, os quais motivariam a antecipação da prorrogação.
	2	9.1.5	Determinação (SEP/PR)	Apresentar plano de ação, contendo cronograma, atividades detalhadas e responsáveis, que preveja a elaboração de regulamentação específica acerca das medidas sancionatórias aplicáveis nos casos de atrasos injustificados na implementação das intervenções pactuadas nas prorrogações antecipadas.	Riscos de que não seja cumprido o plano de investimentos pactuado, os quais motivariam a antecipação da prorrogação.
	3	9.1.2	Determinação (SEP/PR)	Ao estabelecer os indicadores de desempenho – e suas condições de revisão e atualização – em cada pedido de prorrogação antecipada de contrato de arrendamento, evidenciar, de forma expressa e fundamentada, sua aderência aos objetivos insculpidos na Lei 12.815/2013 e, também, que os índices de produtividade definidos proporcionarão ganhos de eficiência comprovados, à exceção, quanto a este último aspecto, dos casos em que os investimentos propostos não oferecerão de imediato nenhum incremento dessa variável, para os quais deverão restar demonstrados os outros benefícios que	Insuficiência das definições e exigências constantes dos normativos da SEP/PR para induzir incremento das variáveis de desempenho e eficiência, requisito exigido para a antecipação da prorrogação.

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
				serão obtidos com a dilação de prazo.	
	4	9.1.3	Determinação (SEP/PR)	Previamente à celebração dos termos aditivos relativos aos pedidos de prorrogação antecipada apresentados após a ciência da presente deliberação, incluir, na regulamentação das prorrogações antecipadas: regras gerais de revisão e atualização dos parâmetros de desempenho, evidenciando expressamente diretrizes de modernização e aperfeiçoamento que irão nortear essas alterações; e a obrigação de essas regras constarem entre as cláusulas dos termos aditivos que serão firmados.	Insuficiência das definições e exigências constantes dos normativos da SEP/PR para induzir incremento das variáveis de desempenho e eficiência, requisito exigido para a antecipação da prorrogação.
	5	9.4	Recomendação (Antaq)	Regulamentar, por meio de normativo específico, a aplicação dos parâmetros de desempenho nos termos aditivos de prorrogação antecipada, contemplando regras relacionadas, entre outras, à definição, à revisão, à atualização dos índices de eficiência e às penalidades aplicáveis em casos de descumprimento, observadas as diretrizes de modernização e aperfeiçoamento.	Insuficiência das definições e exigências constantes dos normativos da SEP/PR para induzir incremento das variáveis de desempenho e eficiência, requisito exigido para a antecipação da prorrogação.
	6	9.1.4	Determinação (SEP/PR)	Incluir nos termos aditivos de prorrogação antecipada a exigência de registro das operações dos respectivos terminais em demonstrativos contábeis próprios, submetidos a auditoria independente, conforme diretrizes a serem estabelecidas pela Antaq.	Dificuldades para realizar análise de dados em virtude da ausência de individualização dos demonstrativos dos terminais.
	7	9.3	Recomendação	Avaliar a conveniência e a oportunidade de incluir nos aditivos de prorrogação antecipada cláusula contendo a obrigatoriedade	Dificuldades para realizar análise de dados em virtude da

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
			o (SEP/PR)	de a arrendatária instituir Sociedade de Propósito Específico com a finalidade exclusiva de explorar o arrendamento.	ausência de individualização dos demonstrativos dos terminais.
	8	9.2.1	Determinação (Antaq)	Somente aprovar os EVTEA que obedeçam a sistemática estabelecida em regulamento específico a ser desenvolvido pela agência, no qual estejam registradas as metodologias para análise dos estudos, incluindo a definição de critérios baseados em relevância, risco e materialidade para balizar a avaliação, a circularização das informações apresentadas pela arrendatária, a aferição de custos e da eficiência (presente e futura) dos terminais e o exame detalhado das premissas que embasaram a elaboração dos respectivos EVTEA	Deficiências e falta de padronização na análise dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA).
	9	9.2.2	Determinação (Antaq)	Encaminhar plano de ação contemplando cronograma, atividades detalhadas e responsáveis, para a elaboração de manual de contabilidade próprio para o setor portuário, contendo plano de contas, com vistas a disciplinar e uniformizar os critérios para o registro contábil das operações dos arrendamentos portuários	Inexistência de um plano de contas específico do setor, o que tem gerado deficiências de avaliação dos dados disponíveis e ampliado o efeito da assimetria de informações. A elaboração de um plano de contas específico (para viabilizar a análise de desempenho econômico-financeiro dos operadores) é competência expressamente prevista no regimento interno

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
					da Antaq.
	10	9.2.3	Determinação (Antaq)	Somente aprovar os projetos executivos que obedeçam a sistemática estabelecida em regulamento específico a ser desenvolvido pela agência, no qual estejam registrados os elementos que deverão constar do projeto executivo previsto, metodologia para análise dos projetos executivos e metodologia e padrões de acompanhamento da execução das obras previstas nos processos de prorrogação antecipada.	Inexistência de mecanismos próprios, consistentemente elaborados e em grau de detalhamento suficiente, para aferir a correção e a validade dos projetos executivos apresentados pela concessionária, bem como para o posterior acompanhamento das obras.
2.413/2015 (Arrendamento de Áreas e Instalações Localizadas nos Portos Organizados de Santos, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar)	11	9.4	Determinação (Antaq e SEP/PR)	Apresentar fundamentação consistente para adoção ou não de regras de vedação à adjudicação de mais de um terminal a um mesmo proponente.	Riscos e fragilidades associadas a regra que restringia a adjudicação de mais de um arrendamento ao mesmo proponente, eis que tendia a reduzir a competitividade.
	12	9.3	Determinação (Antaq e SEP/PR)	Comprovar que foram adotadas medidas que mitiguem os riscos decorrentes do insucesso na adjudicação de um dos terminais e do inadimplemento ou atraso de um dos concessionários na realização da contraparte nos investimentos e atividades atribuídos simultaneamente à responsabilidade dos três futuros arrendatários.	Fragilidade na modelagem em virtude do compartilhamento equitativo da responsabilidade sobre parte dos investimentos, relativa às estruturas comuns. Riscos graves relacionados a eventual inadimplência de

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
					alguma das partes em prejuízo dos demais
	13	9.5.3	Recomendação (Antaq e SEP/PR)	Evitar incluir nos contratos de arrendamento obrigações de fazer na modalidade solidária.	Fragilidade na modelagem em virtude do compartilhamento equitativo da responsabilidade sobre parte dos investimentos, relativa às estruturas comuns. Riscos graves relacionados a eventual inadimplência de alguma das partes em prejuízo dos demais
	14	9.5.1	Recomendação (Antaq e SEP/PR)	Disponibilizar na internet as explicações fornecidas ao TCU acerca dos quantitativos de projeto.	Oportunidade de melhoria da transparência dos processos feita com base em boas práticas já identificadas.
	15	9.5.2	Recomendação (Antaq e SEP/PR)	Alterar a matriz de riscos para atribuir ao Poder Concedente o encargo de obter licença prévia para os terminais <i>greenfield</i> e reservar a obtenção das demais licenças ambientais aos arrendatários.	Oportunidade de melhoria quanto à distribuição de riscos em virtude do mais moderno entendimento sobre a questão.
787/2016 (Arrendamento do Terminal de Fertilizantes e de Ração Animal do Porto de	16	9.4	Determinação (Antaq)	Regulamentar parâmetros mínimos de qualidade e produtividade para a prestação do serviço portuário adequado a serem exigidos nos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias.	Inexistência de parâmetros mínimos de qualidade aceitáveis do serviço, bem como de fórmulas ou parâmetros definidores da qualidade do serviço, em

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
Imbituba/SC)					contrariedade ao que previa as disposições legais e normativas incidentes sobre a questão.
1.439/2016 (Denúncia acerca de Aumento Abusivo de Tarifas no Arrendamento Portuário Libra Terminal Rio S.A.)	17	9.3.1.1	Determinação (Antaq)	Informar se a cobrança de novos serviços está em conformidade com todas as exigências estipuladas no Contrato de Concessão, e, caso encontradas irregularidades, determinar a suspensão das referidas cobranças, após ouvida a interessada.	Não estava demonstrada a procedência da cobrança em face das condições estabelecidas no contrato de arrendamento.
	18	9.3.1.2	Determinação (Antaq)	Informar se o prazo adotado pela concessionária para as faixas da cobrança das tarifas progressivas para os períodos de armazenagem: (i) é compatível com os prazos realmente demandados no porto para a liberação da mercadoria; e (ii) está em conformidade com as exigências do Contrato de Concessão e com a equação econômico-financeira da concessão, e, caso encontradas irregularidades, determinar as correções necessárias, após ouvida a interessada.	Indícios de que não seriam razoáveis as regras estabelecidas pela arrendatária na cobrança de tarifa progressiva em função do tempo de armazenagem.
	19	9.3.2	Determinação (Antaq)	Expedir orientação para assegurar que a <i>Terminal Handling Charge</i> (THC) só seja paga ao armador mediante comprovação dos custos efetivamente incorridos pelo operador portuário, observada a necessária compatibilidade entre receitas previstas para essa atividade no contrato de concessão.	Risco de abuso na cobrança da THC, considerando a disposição constante em normativo da Antaq que somente autoriza a cobrança a título de ressarcimento.
	20	9.3.3	Determinação (Antaq)	Regular a atuação de todos os concessionários e arrendatários, de forma a exigir a necessária divulgação, aos usuários, da composição dos custos da THC e de todos os itens da Cesta de	Risco de abuso na cobrança da THC, considerando a disposição constante em

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
				Serviços.	normativo da Antaq que somente autoriza a cobrança a título de ressarcimento.
	21	9.3.4	Determinação (Antaq)	Instituir procedimento que ateste e assegure que as empresas de navegação estrangeiras estejam enquadradas nos acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade, por meio de outorga de autorização ou outro ato administrativo com esse fim, dando ampla publicidade acerca dos países que atendem às condições constitucionais e legais.	Omissão da Antaq quanto à regulação da atividade desempenhada por armadores estrangeiros.
	22	9.3.5	Determinação (Antaq)	Apresentar plano de ação voltado a regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade, contemplando, dentre outras questões que considere pertinentes: o registro de armadores estrangeiros; o registro de preços de frete, extra-frete e demais serviços; estudos comparativos de rotas e preços praticados pelos armadores estrangeiros; e normas para aplicação de sanção aos armadores estrangeiros em caso de omissões injustificadas de portos	Omissão da Antaq quanto à regulação da atividade desempenhada por armadores estrangeiros.
	23	9.3.6	Determinação (Antaq)	Realizar estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THCs cobradas dos usuários brasileiros, de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários	Inexistência de controle sobre os valores cobrados a título de THC, em prejuízo à modicidade tarifária e aos usuários.

Fonte: elaboração própria do autor.

A MUDANÇA DE NOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSGÊNEROS E O IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONSOLIDAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO.

THE ALTERATION OF NAME AND GENDER IN THE BIRTH CERTIFICATE OF TRANSGENDER PEOPLE AND THE IMPACT OF JUDICIAL DECISIONS IN THE CONSOLIDATION OF GENDER IDENTITY.

Luísa Cibreiros da Silva

RESUMO

O escopo deste artigo é discorrer sobre a lacuna normativa acerca da alteração de nome e sexo no registro civil de transgêneros. O trabalho faz uma análise sociológica acerca da construção do pensamento social a fim de demonstrar que a inserção social deste grupo depende de políticas de reconhecimento. Considerando a necessidade de se recorrer ao Judiciário a fim de pleitear um direito que lhes deveria ser assegurado por Lei, surge a necessidade de analisar de que forma o Judiciário vem se posicionando acerca do tema e como isto implica na consolidação da Identidade de Gênero do Sujeito. Através da análise de precedentes judiciais, este artigo identifica a utilização de interpretações judiciais que perpassam o Direito da Personalidade, Dignidade da Pessoa Humana e a forma como isto pode ser utilizado em favor do reconhecimento deste grupo de pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: Transgêneros; Nome; Identidade de Gênero; Direito da Personalidade; Dignidade da Pessoa Humana; Reconhecimento.

ABSTRACT

The scope of this article is to discuss the normative gap regarding the alteration of name and gender in the birth certificate of transgender people. The research makes a sociological analysis about the construction of social thought in order to demonstrate that the social insertion of this group depends on policies of recognition. Considering the need to appeal to the Judiciary in order to claim a right that should be assured by law, there is a need to analyze the Judiciary is positioning itself on the subject and how this implies in the consolidation of gender identity. Through the analysis of judicial

precedents, this article identifies the use of judicial interpretations that pervade the Personality and Human Dignity and how it can be used in favor of the recognition of this group.

KEYWORDS: Transgender; Name; Gender Identity; Personality; Human Dignity; Recognition.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar de que forma o Judiciário brasileiro tem respondido à atual demanda de transexuais e transgêneros que pleiteiam a alteração do nome e do sexo constantes em seu registro civil. Isto porque, a questão não encontra, ainda, no arcabouço legislativo brasileiro, os dispositivos específicos capazes de regulamentá-la de forma definitiva e certa.

Discorrer sobre um grupo específico, como é o caso dos transexuais e transgêneros é, antes de qualquer coisa, discorrer sobre o sujeito comum que se sujeita às mesmas regras que os demais. Entretanto, o ponto crucial da análise é identificar o papel que o nome e o sexo têm no processo de construção, consolidação e proteção da identidade dessas pessoas. E ainda, de que forma, porque e com base em quais direitos o sujeito transgênero pode, nos dias de hoje, perseguir a alteração de seu registro civil.

O processo de construção da identidade é subjetivo. A ideia de cada um poder dispor sobre si mesmo é automática. Ainda que se considere a socialização a qual todos são submetidos, desde muito cedo os indivíduos são capazes de identificar elementos que lhe são quase que inatos e dispor sobre estes. O Direito entra nesta relação quando oferece meios legítimos para que cada um seja capaz de entender seus direitos, deveres e as formas de proteção de seus bens.

A Constituição Federal ao consagrar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no art. 1º, III⁴⁰⁵, firmou como diretriz para o restante do

⁴⁰⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016

ordenamento o escopo de respeitar e proteger tudo que for essencial para que a integridade do sujeito seja mantida. No que tange especificamente aos direitos que cada um tem de dispor sobre aquilo que lhe é inato, o Título II⁴⁰⁶ do Código Civil de 2002 reservou alguns dispositivos essenciais à compreensão do tema. E ainda, versando especificamente sobre o registro civil, a Lei nº 6.015⁴⁰⁷ regulamentou o procedimento padrão para a alteração do nome.

Neste trabalho, porém, a questão da construção da identidade de gênero por meio da alteração de nome e sexo em documentos oficiais irá um pouco além da letra de lei propriamente dita. Ocorre não apenas ante a ausência de legislação específica sobre o tema, mas também em função do impacto social que o assunto tem sobre o processo de consolidação da identidade, demonstrando assim um aspecto que ultrapassa a mera necessidade de normatização, mas também o acolhimento de sujeitos de direitos até então marginalizados.

A inquietação surgiu da situação social brasileira atualmente, tendo como foco a demanda específica da alteração no assento de nascimento pleiteada por transgêneros. Porém na ausência de legislação apta a resolver o caso concreto, estes sujeitos estão sofrendo algum tipo de lesão, seja ela de cunho social, político, econômico ou mesmo jurídico? E ainda, sem lei específica, como o Judiciário resolve o tema? A hipótese é que o meio pelo qual o Judiciário soluciona a questão pode influenciar diretamente na consolidação da identidade de gênero do sujeito, e ainda, gerar impacto no próprio reconhecimento do transgênero pelos outros indivíduos da sociedade.

Inicialmente, o artigo analisa a produção do conhecimento social a fim de demonstrar que, em alguns momentos, a mudança social se apresenta como algo estranho, que destoa do restante da coletividade, e assim pode gerar rejeição, não reconhecimento, invisibilidade. Isto porque, discorrer

⁴⁰⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016

⁴⁰⁷ BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências, 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L6015compilada.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016

sobre transgêneros é, ainda, incomum de certa forma, não sendo possível ignorar o aspecto de minoria social de que caracteriza o grupo em análise.

Após identificar o processo de estranhamento, o texto busca trazer as noções de identidade de gênero, clareando conceitos essenciais para que a distância entre o comum e o estranho seja cada vez menor. Neste momento, a distinção entre sexo e gênero, transgênero e transexual, bem como a própria ideia de construção da identidade sexual são abordadas, de forma que a compreensão da relação entre este processo e a dignidade da pessoa humana possa ser notada.

Consolidados os principais aspectos acerca do objeto de pesquisa, surge então a necessidade de debruçar-se sobre a legislação existente no Brasil hoje acerca do tema, cabendo então a análise em três âmbitos legislativos: a Constituição Federal, o Código Civil e a Lei de Registros Públicos, por meio dos dispositivos envolvidos.

Por fim, a análise de como o Poder Judiciário, ante as demandas propostas nesse sentido, tem encontrado meios para solucionar a questão. Qual a motivação das decisões exaradas, o posicionamento jurisprudencial, sua causa e o impacto que o processo tem sobre os autores e sobre a própria coletividade.

Cinco casos são analisados a fim de identificar as construções que vêm sendo apresentadas pelo Judiciário. A coleta de acórdãos foi feita através de consulta aos sites dos tribunais, especificamente no campo de “Jurisprudência” e por meio de palavras-chave como “transexual”, “assento de nascimento” e “registro civil”. Apenas a sentença foi encontrada de forma diversa, sendo necessário consultar um banco de decisões judiciais⁴⁰⁸ sobre o tema, uma vez que a maioria das ações tramita em segredo de justiça.

A CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO SOCIAL

⁴⁰⁸ DIREITO HOMOAFETIVO. 19/02/2015. Apresenta um banco de decisões judiciais sobre a mudança de nome sem cirurgia. Disponível em: <<https://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=25&s=30&p=1t>>. Acesso em: 22 out. 2016

Para autor Karl Manheim⁴⁰⁹, a construção do conhecimento social pressupõe a existências de três fatores principais: a pluralidade de pensamentos, as mobilidades sociais e a democratização⁴¹⁰. Trata-se da ideia de que o indivíduo, ao entrar em contato com outras culturas, confronta-se com novas formas de pensamento, e respeitando-as é capaz de fomentar novas ideias e concepções sociais.

Por este motivo, a consciência acerca da pluralidade de pensamentos é o motor responsável pela criação de novos conhecimentos sociais, pois ao estranhar algo, o sujeito concebe a existência do diferente e reflete sobre ela. Isto não quer dizer que as diferenças serão aceitas indistintamente, mas apenas que serão respeitadas, de forma a compor um denominador comum que é o reflexo do avanço social.

Neste ponto, a necessidade da democratização é evidente. É preciso que cada sujeito respeite as características culturais do outro, a fim de compreendê-lo e vice versa. A ideia é objetiva e pode ser identificada com mais clareza quando o assunto tratado versa, por exemplo, sobre movimento social e demandas de inclusão.

Trazendo a teoria ao caso concreto, a sociedade sobre a qual impõem-se as leis, encontra-se no momento em que as desigualdades sociais e político-econômicas são claras e identificáveis por meio da divisão de grupos sociais, por vezes considerados como minoritários, tais como idosos, mulheres, negros e transgêneros. Por óbvio, munidos da ideia de igualdade

⁴⁰⁹ Karl Manheim foi um sociólogo húngaro que nasceu em 1893 e morreu em 1947. Em sua obra “Ideologia e Utopia”, utilizada para a produção deste trabalho, o autor discorre sobre ideologias utilizadas para estabilizar a ordem social e o contexto de transformações sociais. Esta descrição está disponível em: <https://www.goodreads.com/book/show/330252.Ideology_and_Utopia?ac=1&from_search=true>. Acesso em 12 nov. 2016.

⁴¹⁰ Para Manheim “Este processo de democratização possibilita, pela primeira vez, às maneiras de pensar estratos inferiores, antigamente sem validade alguma, adquirir validade e prestígio. Quando atingido o estágio de democratização, as técnicas de pensar e as ideias dos estratos inferiores estão pela primeira vez em condições de se confrontarem com as ideias dos estratos dominantes em um mesmo nível de validade. E então, também pela primeira vez, estas ideias e estes modos de pensamento são capazes de impelir a pessoa que pensa dentro de tais parâmetros a submeter os objetos de seu mundo a um questionamento fundamental”. MANHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982. p. 36.

de direitos, cada grupo vem militando em sua área a fim de perseguir e conquistar respeito e direitos.

No caso específico, podemos inserir o transgênero no grupo LGBT⁴¹¹ e considerar a forma como o pensamento social acerca deste grupo vem sendo posto em perspectiva nas últimas décadas. Por exemplo, ao comparar a maneira como o homossexual era visto dentro da sociedade e o tratamento dado à questão há alguns anos, com a forma com que o homossexual é visto e tratado na sociedade hoje, é possível verificar que houve uma mudança sobre o tema⁴¹².

Esta situação não se consolidou com facilidade e a luta contra injustiças é o elemento que permeia a sociedade pós-moderna, não se restringindo apenas a um ou dois grupos marginalizados, mas a vários. Sendo assim, ao tratar de transgêneros é imprescindível identificar as formas por meio das quais este grupo vem sendo marginalizado a fim de perseguir possíveis remédios para soluções.

Segundo a autora Nancy Fraser existem dois tipos de injustiças⁴¹³, aquelas que surgem em função de desigualdade político-econômica e aquelas que surgem em função de desigualdade cultural. Enquanto a

⁴¹¹ Considerando a falta de consenso sobre a sigla mais adequada, este trabalho utiliza a sigla LGBT como sinônimo de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros, nos moldes propostos pela Universidade de Michigan. INTERNATIONAL SPECTRUM. LGBT Terms and Definitions. Desenvolvido pela Universidade de Michigan. EUA. Apresenta a variedades de siglas e significados utilizados sobre o tema. Disponível em: <<https://internationalspectrum.umich.edu/life/definitions>>. Acesso em: 11 nov. 2016

⁴¹² Isto não quer dizer, entretanto, que não exista estranhamento ou restrições de direitos aos homossexuais. Entretanto, apenas para ilustrar a situação, o filme “O jogo da imitação” retrata a vida do cientista Allan Turin, um dos precursores da ciência da computação. Durante a segunda guerra mundial, Turin trabalha para a inteligência britânica decodificando mensagens alemãs a fim de evitar ataques de guerra. Ao fim de sua vida, nos anos cinquenta, é condenado à castração química unicamente pelo fato de ser homossexual. Neste exemplo podemos identificar que a conduta da sociedade acerca do sujeito homossexual modificou-se consideravelmente nos últimos anos. O JOGO DA IMITAÇÃO. Direção: Morten Tyldum. Diamond Films: 2015. 1h55

⁴¹³ Para Fraser, é possível encontrar, na sociedade, injustiças socioeconômicas e culturais/simbólicas. Anoto, ainda, que a distinção adotada pela autora é apenas analítica, na prática ambas estão interligadas. FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*. Jessé Souza. *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Editora UnB, 2001 p. 245-282.

primeira requer políticas de redistribuição de renda para que seja combatida, a segunda pressupõe políticas de reconhecimento⁴¹⁴.

Em ambos os casos a injustiça surge através de práticas que privilegiam alguns indivíduos em detrimento de outros. No caso da injustiça cultural, tais práticas estão arraigadas a padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, isto significa dizer que o estranhamento àquilo que é diferente passa a ser a razão pela qual os indivíduos recebem tratamentos diferentes e assim surge a injustiça simbólica⁴¹⁵.

O transgênero é visto e tratado como diferente pelos outros indivíduos inseridos na sociedade. Também no âmbito jurídico, o transgênero recebe tratamento peculiar, pois lhe é negado usufruir da mesma proteção de direitos na mesma medida que os demais, uma vez que não existe, ainda, legislação que trate especificamente sobre suas necessidades. Assim, a lacuna legislativa passa a representar uma forma de manutenção do ciclo vicioso injustiça cultural – tratamento desigual. Isto ocorre porque o Direito, por meio de redações normativas, por vezes deixa de considerar a necessidade de compreensão do sujeito objeto da ferramenta legislativa, limitando-se a regular, de forma geral, normas que recaíram sobre toda a sociedade.

Outro aspecto a ser apurado é que a lei nem sempre atende a sociedade que dela necessita, simplesmente por não refletir, de fato, a sociedade da qual nasce e sobre a qual se impõe. Ocorre, pois, que os sujeitos e mesmo a própria sociedade estão em constante mudança, de costumes, valores, pensamentos e necessidades, cabendo então à lei, acompanhá-la.

A injustiça sofrida pelo transgênero é uma injustiça cultural. É fácil compreender a ideia ao pensar que a condição marginalizada do transgênero não depende exclusivamente de sua condição político-econômica. Um transgênero pode nascer tanto em uma família financeiramente estruturada como em uma família financeiramente desestruturada, e ainda assim manter

⁴¹⁴ Existem ainda injustiças sociais situadas na intersecção das duas situações citadas.

⁴¹⁵ FRASER, Nancy. p. 249-250.

sua invisibilidade social. Desta forma, a resistência sofrida pelo transgênero dentro da sociedade é claramente cultural, podendo ou não ser potencializada em função da capacidade econômica do sujeito.

O combate a injustiças culturais é feito por meio de políticas de reconhecimento. Isto significa dizer que é necessário algum tipo de mudança cultural ou simbólica⁴¹⁶ e para tanto, é imprescindível apontar possíveis identidades sujeitas a desrespeitos, isto é, grupos culturais marginalizados, e perseguir meios de valorização positiva da diversidade cultural. Notadamente, a relação entre a política de reconhecimento, o Direito e o transgênero é constatada, por exemplo, por meio de práticas que possam corroborar para a consolidação da identidade de transgêneros, possibilitando então a sua inserção no meio social.

Para fomentar o reconhecimento do transgênero é preciso reconhecer suas peculiaridades, pois a o sujeito transgênero precisará de ferramentas jurídicas que lhe são exclusivas para perseguir a consolidação de sua identidade de gênero. Neste trabalho apenas uma esfera⁴¹⁷ deste processo é analisada, que é a mudança de nome e sexo no registro civil e o impacto que este momento tem no processo de construção e consolidação da identidade de gênero. Considerando, para tanto, a necessidade de que não apenas o próprio sujeito se aceite, mas que seja acolhido também pelos outros indivíduos.

Basta pensar no revestimento exótico que toma conta dos conceitos de transgênero e transexual. Afinal, o que é um transgênero, o que isto significa? Por mais que o tema venha ganhando espaço, muitas dúvidas ainda circundam os conceitos. De início, é corrente a ideia de que o transgênero é algo diferente. Nessa linha, é interessante o posicionamento de Guacira Lopes Louro, no que diz respeito aos transgêneros, quando afirma que “(...) um jeito de pensar e de ser que desafia as normas

⁴¹⁶ FRASER, Nancy. p. 252.

⁴¹⁷ O processo de construção da identidade de gênero pode incluir outros aspectos, como o visual, a inserção familiar, a orientação sexual e outros.

regulatórias da sociedade, que assume o desconforto da ambiguidade, do “entre lugares”, do indecidível.”⁴¹⁸.

Assim, este é o elemento essencial para formulação de políticas de reconhecimento, a noção de que o grupo marginalizado difere dos demais, é excêntrico, tem singularidades e em razão delas, demandará tratamento também diferenciado. Isto pode implicar, por exemplo, a necessidade de desconstrução de algumas noções relativas ao gênero, o contexto mais livre para o diálogo e a aceitação social, e ainda, no que diz respeito à legislação, normas que lhes atendam conforme as demandas que lhes são peculiares.

CONCEITUANDO: NOÇÕES SOBRE SEXO E GÊNERO

Dissertar sobre contextos sociais pressupõe analisar comportamentos de indivíduos, grupos, e a interação entre eles, isto é, as consequências que brotam do convívio em sociedade. A modernidade foi responsável pela integração da população em âmbito mundial, isto quer dizer que com aumento tecnológico, em especial dos meios de difusão de informação, os indivíduos passaram a acessar ideias e costumes diversos ao redor do globo de forma quase que instantânea. É a própria globalização⁴¹⁹.

Com o compartilhamento de ideias, tanto sujeitos como grupos se aproximam de outros sujeitos e grupos, de forma a detectar similaridades e diferenças e formularem novas propostas sociais, políticas, econômicas e etc. A globalização é essencial para que grupos marginalizados possam entrar em contato entre si a fim de se tornarem mais fortes e integrados, de modo a buscarem juntos elementos hábeis a promover a afirmação de valores de que necessitam para serem vistos, ouvidos e reconhecidos.

A questão da integração através dos meios de comunicação atuais é um reflexo da globalização que desempenha um papel essencial para os

⁴¹⁸ LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2004. p. 7-8.

⁴¹⁹ Para Anthony Giddens, sociólogo britânico contemporâneo, “a globalização se refere essencialmente a este processo de alongamento, na medida em que as modalidades de conexão entre diferentes regiões ou contextos sociais se enredaram através da superfície da terra como um todo.”. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 60.

transgêneros. Em meados de 1980 surgiu nos Estados Unidos a chamada Teoria Queer, idealizada por meio de diálogos que transitavam entre estudos feministas, gays e lésbicos, versando, inclusive, sobre a ideia do gênero biologicamente construído. Nesta ocasião, tratou-se de discutir não apenas a orientação sexual desviante, gays, lésbicas e bissexuais, mas fomentar um diálogo capaz de incluir também produtos que não divergem apenas em função do desejo sexual, mas da própria afinidade com os gêneros masculino e feminino.

Pensar em desconstrução de gênero é, antes de qualquer coisa, entender que modelo ao qual a sociedade tem mais afinidade parte da premissa de que o gênero é algo biologicamente construído e indissociável do sexo morfológico com que cada indivíduo nasce. Isto quer dizer que as características morfológicas do aparelho sexual de um bebê são o parâmetro utilizado para determinar o seu gênero, pertencendo ao gênero masculino a criança que nasce com o pênis, enquanto pertencendo ao gênero feminino a criança que nasce com a vagina.

Por sua vez, entender o conceito de transgênero requer a desconstrução dessa ideia, partindo-se da crença de que o gênero é um constructo social. A filósofa estadunidense Judith Butler, em seu livro sobre Teoria Queer, enuncia que, ao contrário do que a lógica biológica leva a crer, o sexo e gênero não andam necessariamente juntos,⁴²⁰ podendo a identificação com o gênero acontecer sem que nada tenha a ver com o sexo biológico do nascimento.

De forma semelhante, outro elemento costuma entrar em cena para compor a relação gênero e sexo, é a orientação sexual. A associação dos três elementos acontece, em geral, dentro do contexto heteronormativo⁴²¹. Isto significa partir do pressuposto de que não apenas o sexo biológico está

⁴²⁰ BUTLER, Judith. *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*. Nova Iorque: Editora Routledge. 1990. p. 7.

⁴²¹ Heteronormatividade: Conceito ou visão que estabelece como norma a heterossexualidade e a instituição de categorias distintas, rígidas e complementares de masculino e feminino. Disponível em: <<https://www.priberiam.py/dlpo/heteronormatividade>>. Acesso em: 11 nov. 2016

diretamente associado ao gênero, mas também este em contato direto com a orientação sexual do sujeito.

Ao abordar a utilização dos três elementos em sua obra, Butler busca demonstrar a necessidade de se desconstruir o vínculo heteronormativo que condiciona, por exemplo, uma criança que ao nascer com um pênis é identificada, necessariamente, como um menino do gênero masculino que virá a ser interessar por meninas do gênero feminino.

O mistério que envolve o sujeito transgênero surge exatamente na desconstrução da relação sexo-gênero, pois o conceito concretiza a exceção à regra. Transgênero⁴²² é aquele indivíduo que não encontra afinidades entre seu sexo biológico e o gênero a ele associado. Em outras palavras, é a menina que ao nascer com sexo biológico associado ao gênero feminino, verifica que, na realidade, identifica-se com o gênero masculino.

Surge, assim, o indivíduo transgênero, isto é, aquele que não se identifica com o gênero que socialmente lhe é designado com base na relação biológica construída entre sexo e gênero. Ainda sobre conceitos, imperioso elucidar a distinção entre o sujeito transgênero e o transexual. Necessário estabelecer, de pronto, que o conceito de transexual surge da mesma lógica desviante do transgênero, sendo, na realidade, uma espécie deste. O transexual é o indivíduo que não se identifica com o gênero que lhe é submetido no momento do nascimento, assim como o transgênero, motivo pelo qual sente a necessidade de adequar-se fisicamente ao gênero com o qual se identifica.

Ainda sobre o assunto, de acordo com o National Center of Transgender Equality⁴²³, o indivíduo transgênero é a pessoa em que se identifica com o gênero oposto daquele associado ao seu sexo biológico, enquanto o transexual, além de não identificar-se, sente a necessidade de

⁴²² Transgênero: São pessoas que não se identificam com o gênero o qual lhes foi atribuído no momento do nascimento. INTERNATIONAL SPECTRUM. LGBT Terms and Definitions. Desenvolvido pela Universidade de Michigan. EUA. Apresenta a variedades de siglas e significados utilizados sobre o tema. Disponível em: <<https://internationalspectrum.umich.edu/life/definitions>>. Acesso em: 11 nov. 2016

⁴²³ National Center of Transgender Equality. Conceitos sobre o tema. Disponível em: <<https://www.transsexual.org/issues/resources/transgender-terminology>>. Acesso em: 11 nov. 2016

adequar-se fisicamente ao gênero oposto. De fato, tanto transgênero como o transexual buscam aproximar-se cada vez mais daquilo que acreditam representar o seu gênero, entretanto, para o transexual, mudanças morfológicas são uma necessidade.

Em razão disto, o transexual sente a necessidade de eliminar seu sexo morfológico, substituindo-o pelo outro, qual seja, aquele usualmente associado ao gênero com o qual se identifica. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina – CFM manifestou-se acerca do tema, por meio de uma resolução⁴²⁴ que versa sobre a cirurgia de redesignação de sexo, a qual se apresenta como solução hábil a adequar o sexo biológico de indivíduos transexuais.

É evidente que, em ambos os casos, o grande desafio enfrentado por sujeitos transgêneros é o processo de construção de sua identidade de gênero, e a forma como se afirmam por meio de sua aparência, modos, posicionamentos e outros fatores comumente associados ao gênero. Neste ponto é possível evidenciar a importância do reconhecimento no processo de construção da identidade destes sujeitos, pois não basta a própria consciência acerca do gênero com o qual se identificam, eles desejam ser identificados e aceitos de acordo com o que sentem.

As mudanças físicas, aqui incluindo tanto aquelas que referem-se apenas a aparência, como também possíveis intervenções cirúrgicas visando a adequação morfológica⁴²⁵ consolidam, para estes sujeitos, etapas na afirmação de sua identidade de gênero. Imperioso destacar que o direito que o transgênero tem de dispor sobre si mesmo, sua aparência, suas crenças e sua própria forma de ver o mundo, é idêntico àquele direito garantido a qualquer outro indivíduo que esteja submetido às regras e deveres comuns de uma sociedade.

⁴²⁴ BRASIL. Resolução CFM nº 1.955/2010. De 3 de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02.

⁴²⁵ Os procedimentos cirúrgicos não se restringem à cirurgia de redesignação de sexo, podendo incluir, por exemplo, a utilização de seios de silicone ou a retirada de seios, a retirada do “pomo de adão” e outros.

O que os difere dos demais, entretanto, é o caminho a ser percorrido para concretizar estas etapas. A simplicidade que envolve o processo de afirmação da identidade do cisgênero⁴²⁶ não é compartilhada com o transgênero, para tanto, basta visualizar situações cotidianas como a compra de uma roupa, a emissão de um documento, a apresentação de um trabalho na faculdade. Em todos estes casos, o sujeito que visualmente é associado a um gênero, mas que, em sua essência, identifica-se com outro, encontra desde barreiras sutis às mais agressivas.

Desta forma, os indivíduos que se autodenominam transexuais ou transgêneros, na busca por seu bem-estar e pela segurança com o próprio corpo e imagem, dispõe de alguns artifícios que variam desde elementos culturais até os modernos procedimentos médicos, sejam eles cirúrgicos ou estéticos, para adequar-se ao conceito culturalmente construído do gênero com o qual se identificam. É por este motivo que a ideia de proteção aos Direitos da Personalidade apresenta-se um elemento necessário e indissociável deste processo.

O transgênero visa a construção de sua identidade através de várias etapas, sem existir, necessariamente, um caminho padrão a ser seguido, pois cada indivíduo tem o seu processo de autoidentificação. O que se sabe, porém, é que alguns aspectos são cruciais e funcionam como referenciais de gênero dentro da própria sociedade, a pensar, por exemplo, a roupa. A forma como o gênero rege o modo de se vestir é clara e se impõe de tal forma que existem “roupas de mulher” e “roupas de homem”, a pensar, por exemplo, a saia e o terno respectivamente.

Ao vestir-se como um ou outro, o transgênero assume então, as primeiras características visuais do gênero com o qual se identifica. Este é um dos diversos aspectos dos quais qualquer indivíduo pode dispor sem que lhe sejam impostas barreiras além do estranhamento social, instituído no convívio em sociedade. Ainda nesse sentido, a mudança no cabelo, a

⁴²⁶ Cisgênero: Relativo a ou que tem uma identidade de gênero idêntica àquela que foi atribuída à nascença, por oposição a transgênero. Disponível em: <<https://www.priberiam.py/dlpo/cisgenero>>. Acesso em: 11 nov. 2016

utilização ou não de acessórios, a comunicação gestual e verbal e por fim, a autodenominação também são aspectos de identificação de gênero.

Pensar sobre o nome é pensar sobre a organização social dos próprios indivíduos, afinal, qual é o propósito de cada um ter um nome? A manutenção da ordem social depende da individualização dos sujeitos, é preciso saber quem é quem e de onde vem cada pessoa que integra a sociedade. O nome é a primeira forma que qualquer sociedade tem de individualizar seus sujeitos. Deste pensamento é possível então compreender a importância que o nome e registro civil de cada um têm para o Estado, por exemplo.

Nessa lógica, a proteção dos direitos e deveres de cada um, pressupõe, necessariamente, que o Estado seja capaz de identificar cada indivíduo, e a maneira pela qual o faz é, inicialmente, pelo nome. Também para o convívio estritamente social, o nome é indispensável para que o sujeito tenha a possibilidade de se inserir no meio coletivo. Exemplificar seria imaginar a forma com que as pessoas se referem a um transgênero em um diálogo qualquer.

A determinação definitiva do nome é feita por meio do Registro Civil de pessoas naturais, no momento do nascimento⁴²⁷, isto porque, a Lei de Registros Públicos destinou ao nascimento um capítulo no qual determinou-se que todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser registrado dentro do prazo⁴²⁸ de quinze dias, sendo este registro obrigatório. Dentre os requisitos essenciais do assento de nascimento, o sexo do registrando e o nome e prenome dados à criança estão entre os requisitos essenciais⁴²⁹.

Isto significa dizer que após o nascimento, os pais tem o prazo de quinze dias para decidir a forma pela qual o indivíduo será chamado pelo

⁴²⁷ Art. 29: Serão registrados no registro civil de pessoas naturais: I – os nascimentos.

⁴²⁸ Art. 50: Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros do cartório.

⁴²⁹ Art. 54: O assento do nascimento deverá conter: 2º) o sexo do registrando; 4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança.

resto de sua vida. Além disso, a certidão de nascimento contém, ainda, o sexo da criança, podendo ser masculino ou feminino. Elementos que fora do contexto transgênero talvez não tenham muita importância, sob a ótica da desconstrução da ideia de gênero, a forma como o assento de nascimento é feita pode gerar dificuldades para o sujeito que não se identifica com o sexo registrado em sua Certidão de Nascimento.

Indispensável notar que a Lei de Registros Públicos, em nenhum de seus dispositivos, trata de gênero, o que importa dizer que o Estado, no primeiro momento em que individualiza o sujeito, deixa de considerar sua identidade de gênero, que nada mais é do que a percepção que uma pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independente do sexo biológico. Logo, percebe-se que, na forma como é feito, o assento de nascimento deixa de contemplar possibilidades.

Nesse interim, pressupondo o gênero como algo a ser identificado pelo próprio indivíduo, é difícil conceber a ideia de que, logo no momento de seu nascimento, antes mesmo que o sujeito possa ter consciência de que está inserido no mundo, seu assento de nascimento determinará de pronto, seu nome e sexo. A distinção sexo biológico x gênero, tão essencial à compreensão do indivíduo transgênero, sequer existe na letra da lei, e ao definir o nome e sexo da criança, ela é associada a um grupo social (masculino ou feminino) de maneira quase que definitiva, deixando o Estado de considerar as especificidades de cada um.

O nome, na forma como está regulado pelo art. 16 do Código Civil, é um direito que se estende a todos os membros da sociedade. Os reflexos do nome são notados tanto na esfera privada como na pública, o que no caso do transgênero pode acarretar tanto situações de constrangimento pessoal como dificuldades estritamente burocráticas vinculadas a utilização de documento original com foto. Basta imaginar os possíveis problemas na emissão de outros documentos e nas situações em que seja necessário um atendimento público no qual o sujeito deva se identificar previamente. Tudo porque as informações coletadas no momento do nascimento não estão em

harmonia com os caracteres visuais e psíquicos daquele que porta o documento.

A pergunta a ser respondida então é de que maneira é possível pleitear a retificação no assento de nascimento? Inicialmente, prevaleceu a regra do Princípio da Imutabilidade do Prenome, visando a manutenção do status quo social, pressupondo para tanto que a impossibilidade de alteração do nome facilitaria a identificação dos indivíduos pelo Estado. Entretanto, foi com a nova redação dada pela Lei n. 9.708/98⁴³⁰ ao art. 58 caput da Lei de Registros Públicos que a relativização da imutabilidade do prenome foi instituída para permitir a mudança por apelidos notórios.

Nestes casos, vale esclarecer, a notoriedade do apelido deve ser comprovada, por meio de Processo Administrativo, não sendo permitida a alteração do nome em si, mas apenas a substituição do primeiro nome pelo apelido notório, ou o acréscimo do apelido antes do primeiro nome ou entre este e o sobrenome.

Ainda sobre a relativização do Princípio da Imutabilidade do Nome, cabe salientar que outras situações também estão previstas ao longo da Lei de Registros Públicos, permitindo a alteração de nome nas seguintes hipóteses: a) erro ortográfico; b) exposição do portador do nome ao ridículo⁴³¹; c) alteração do nome ao atingir a maioridade civil; d) alteração do nome pela adoção; e) alteração do nome pelo casamento, separação, divórcio e união estável; f) adoção de apelido público e notório; g) pela lei de proteção às testemunhas e vítimas; h) por estrangeiro.

Com exceção da hipótese de erro ortográfico, em que a alteração pode ser pleiteada mediante a simples constatação do erro e será feita de registro no próprio cartório⁴³², o procedimento para pleitear alterações no registro civil

⁴³⁰ Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

⁴³¹ Art. 55, parágrafo único. Os oficiais de registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independentemente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

⁴³² Art. 110. Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se

seguem a lógica do art. 54 da LRP, que elenca os requisitos indispensáveis ao procedimento de mudança de nome, que somente será feito em razão de exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público⁴³³ e com sentença favorável.

Nessa lógica, a questão da transgeneridade não foi objeto de regulamentação pelo legislador, não sendo possível encontrar ao longo da legislação brasileira nenhum dispositivo que trate especificamente do tema. O que se verifica, porém, é que no caso concreto, a mudança de nome em função da mudança de sexo pode ser pleiteada judicialmente. Ainda sobre o assunto, o site⁴³⁴ do Senado Federal disponibiliza uma página com finalidade informativa onde versa sobre as possibilidades de alteração do nome, e inclui entre elas, a mudança de sexo.

O site informa que a mudança de nome em função da mudança de sexo não foi admitida por um longo período, porém, com a inclusão do procedimento de transgenitalização no Sistema Único de Saúde - SUS, ainda que ausente a previsão legal, a jurisprudência já se posicionou sobre o tema em alguns casos. Por óbvio, o conteúdo do site não substitui lei específica sobre o tema, mas demonstra a notoriedade da possibilidade de alteração do nome em função da mudança de sexo.

Ademais, o próprio conteúdo do Senado Federal reconhece que ainda não existe consenso jurisprudencial sobre o tema. Não poderia ser de outro modo, uma vez que a ausência de regulamentação sobre o tema dificulta a utilização de parâmetros decisórios. Ainda assim, verifica-se que a mudança de nome em função de transgeneridade deve ser perseguida pela via judicial.

A PERSONALIDADE E O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público.

⁴³³ Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

⁴³⁴ SENADO FEDERAL. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/mudardenome/index.html>>. Acesso em: 27 ago. 2016

O tema, bem como as questões que sobre ele se colocam, tem como base o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e cabe ao Estado respeitar a integridade do texto constitucional e proteger a dignidade do indivíduo, isto porque, o nome, em função de sua natureza jurídica, compõe elemento essencial na conformação do processo de identidade de cada indivíduo, sendo assim, indispensável à tutela da dignidade humana.

A construção se impõe em função da natureza jurídica, pois o nome é um Direito da Personalidade, devidamente previsto na Parte Geral do Código Civil de 2002 onde dez artigos discorrem sobre um tema que pode ser inesgotável, pois refere-se a tudo aquilo que é inato⁴³⁵ ao sujeito, ou seja, aspectos que lhe acompanham desde seu nascimento, surgem do próprio indivíduo e são, por este motivo, muito subjetivos.

O Código Civil⁴³⁶ discorre sobre a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, isto porque, o indivíduo não é capaz de renunciar àquilo que lhe é inato, e pelo mesmo motivo, não será capaz de ceder características que lhes sejam estritamente pessoais e subjetivas. A explicação é meramente conceitual, mas facilmente identificável quando se imagina uma pessoa que deseja transmitir ou renunciar à sua própria imagem, não é possível acontecer.

Vale notar, ainda, que os artigos referentes aos Direitos da Personalidade não compõem um rol taxativo, isto se deve a própria natureza dos direitos, pois, conforme ensina o professor Flávio Tartuce⁴³⁷, tanto a forma como o surgimento de novos direitos da personalidade estão ligados à sua própria essência, pois surgem do indivíduo e de sua inserção na sociedade, assim, mudam e surgem conforme as próprias criações e mudanças dos próprios indivíduos e sociedades.

⁴³⁵ Inato: Que é inerente ou está presente desde o nascimento. Disponível em: <<https://www.priberiam.py/dlpo/inato>>. Acesso em: 11 nov. 2016

⁴³⁶ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁴³⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral – Volume 1*. 10ed. Editora Forense. 2015. p. 154-155.

Conceber a ausência do rol taxativo para os direitos da personalidade é essencial para a consolidação de novos direitos que merecem a tutela do Estado, nesse sentido, a IV Jornada de Direito Civil⁴³⁸ editou o enunciado 274⁴³⁹ a fim de complementar a leitura do art. 11 do Código Civil, evidenciando que a proteção dos direitos da personalidade deriva na realidade, da própria proteção da dignidade humana.

Logo, o rol de direitos da personalidade previstos entre os artigos 11 e 21 do CC é meramente exemplificativo. Entretanto, o problema que se coloca àqueles direitos que ainda não foram inseridos em textos normativos, é o seu reconhecimento. Existem interpretações que claramente poderiam ser inseridas no rol de direitos da personalidade, porém, ainda não foram alcançadas pelo legislador quando da criação do título II do Código Civil, isto não significa dizer que não existam ou não são dignas de proteção.

No caso da identidade de gênero, ausente no rol exemplificativo de direitos trazido pelo Código de 2002, não há dúvidas de que tenha o caráter subjetivo, pessoal, intransmissível e irrenunciável, e para tal interpretação, é necessário buscar no texto constitucional as facetas humanas ainda não contempladas pelos legisladores, tudo pois, trata-se, na realidade de uma ramificação da dignidade da pessoa humana. Isto porque, a construção da identidade de gênero integra o caráter subjetivo de cada sujeito, sendo então parte do próprio “eu”, e assim, incoerente não a enquadrar como uma faceta da dignidade humana.

O princípio insculpido no art. 1º, III da Magna Carta tem o escopo de proteger as características pessoais, em todas as dimensões, que cada indivíduo dispõe, incluindo aqui aquelas que lhes são inatas, seus direitos da personalidade. Sendo-lhes próprios, não cabe negar que deve lhes ser garantido proteger e defender estes direitos, de modo a proteger e defender a

⁴³⁸ Os enunciados propostos e aprovados nas Jornadas de Direito Civil têm a finalidade de orientar a interpretação do Código Civil de 2002.

⁴³⁹ Conforme colocou Inocêncio Coelho, a Dignidade da Pessoa Humana “ o que importa tornar claro é que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência (...) não se discute o valor da dignidade em si mesmo, mas tão somente, se em determinadas situações ele foi ou não respeitado (...). MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2009. p. 172-173.

si mesmos, o que necessariamente inclui a proteção à identidade de gênero, pois “Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte”⁴⁴⁰.

Proteger o direito ao nome e sexo é proteger a construção da identidade do indivíduo. Após verificar que sobre o tema não existe regulamentação específica, é necessário construir, com base na legislação existente, uma lógica jurídica capaz de garantir a manutenção da Dignidade Humana e dos Direitos da Personalidade, relacionando então três ideias principais: proteção da dignidade da pessoa humana, a necessidade de construção de uma sociedade justa e a proteção à isonomia⁴⁴¹.

Sobre o tema, a autora Maria Helena Diniz aduz que a forma com que a pessoa pode defender o que lhe é próprio, como a vida, da identidade e a imagem, configura o Direito Subjetivo de cada um de exigir um comportamento negativo de todos, a fim de proteger um bem que lhe é próprio, necessário e inexpropriável⁴⁴². Ou seja, trata-se do caráter ilimitado dos Direitos da Personalidade, devendo englobar, inclusive, a possibilidade de o sujeito proteger seu nome, sexo e identidade de gênero.

Nesse sentido, demonstrado que o nome e o sexo são características essenciais ao indivíduo, tendo o papel de individualiza-lo tanto para o meio social como para o meio legal, o tema discutido neste trabalho trata da construção de identidade. Por este motivo, e incontestemente a necessidade de cada sujeito perseguir a construção e proteção de sua personalidade, o art. 13⁴⁴³ do Código Civil recebeu interpretações diversas.

O dispositivo versa sobre a possibilidade de o sujeito dispor sobre o próprio corpo, o que gerou a discussão sobre a cirurgia de redesignação de

⁴⁴⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral – Volume 1. 10ed. Editora Forense. 2015. p. 147.

⁴⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Art. 5º, I. homens e mulheres são iguais em todos os direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016

⁴⁴² DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro. Volume 1. Teoria Geral do Direito Civil. 29Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 135-136

⁴⁴³ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

sexo, existindo corrente nos dois sentidos, tanto no que possibilita a cirurgia, como no que acredita em uma leitura mais conservadora do dispositivo, de forma a não autorizar este tipo de procedimento. Foi então com a edição do enunciado 276⁴⁴⁴, aprovado pela IV Jornada de Direito Civil que prevaleceu o entendimento de que o Código Civil permite a disposição do próprio corpo no que concerne a realização do procedimento para redesignação de sexo.

No Brasil, a introdução da Cirurgia de Transgenitalização no Sistema Único de Saúde foi o meio pelo qual o Estado passou a entender a necessidade de tutelar a situação na qual se encontram os transgêneros. O procedimento foi regulamentado por meio de Resolução⁴⁴⁵ do Conselho Federal de Medicina.

Nessa sequência, por meio do reconhecimento da necessidade e a oferta da cirurgia pelo SUS, a redesignação sexual passou a ser meio pelo qual o transgênero pode, enfim, adequar-se ao gênero com o qual se identifica. Surge, então, a obrigação do Estado de promover as retificações no assento de nascimento de qualquer sujeito que tenha sido submetido à cirurgia de transgenitalização.

Isto porque, conforme o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do Boletim Informativo n. 415⁴⁴⁶:

“ (...) no caso, o transexual operado, conforme laudo médico anexado aos autos, convicto de pertencer ao sexo feminino, portando-se e vestindo-se como tal, fica exposto a situações vexatórias ao ser chamado em público pelo nome masculino, visto que a intervenção cirúrgica, por si só, não é capaz de

⁴⁴⁴ O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no registro civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-ii-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 11 nov. 2016

⁴⁴⁵ A introdução do procedimento foi regulamentada pela Resolução nº 1.955/2010 do CFM. Editada três vezes, resolução parte do pressuposto que o transgênero é portador de Transtorno de Identidade de Gênero – TIG, devendo receber o respectivo tratamento médico a fim de ver adequado o seu sexo biológico ao gênero com o qual acredita identificar-se. O que a resolução denomina como “transexualismo” é o desvio psicológico permanente de identidade sexual, verificado por, no mínimo, dois anos consecutivos, o qual cabe como tratamento a eliminação das características primárias e secundárias do sexo biológico.

⁴⁴⁶ Boletim Informativo de Jurisprudência nº 0415. Período: 9 a 13 de novembro de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0415.rtf>. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 737.993-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10/11/2009.

evitar constrangimentos. Assim, acentuou que a interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei de Registros Públicos confere amparo legal para que o recorrente obtenha autorização judicial a fim de alterar seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, ou seja, o pretendido nome feminino. Ressaltou-se que não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial, como fez o Tribunal a quo, significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. ” .

É neste momento que surge ao Estado o dever de dar continuidade ao direito assegurado por meio do procedimento de redesignação sexual, pois seria incoerente permitir que o transgênero seja submetido ao tratamento⁴⁴⁷ sem posteriormente garantir a ele o direito de ser integrado ao convívio social de forma digna e conforme a sua identidade de gênero. Porém, o ponto que merece ser analisado é a forma como as decisões do Poder Judiciário refletem neste processo.

O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A RETIFICAÇÃO NO ASSENTO DE NASCIMENTO DE TRANSGÊNEROS

Nesse interim, cabe salientar que os dispositivos analisados até este ponto do trabalho compõem o arcabouço legislativo do qual dispõe o direito brasileiro atualmente. Conforme demonstrado, o legislador ainda não editou norma específica capaz de regular a questão da mudança de nome e sexo de transgêneros de forma a abranger todas as suas especificidades. Ante a lacuna legislativa, o indivíduo depende, indispensavelmente, da manifestação do Judiciário para pleitear a retificação desejada sem seus documentos.

⁴⁴⁷ Este talvez seja um detalhe interessante de ser analisado, pois atualmente o transtorno de identidade de gênero é considerado como um transtorno mental, pois está inserido no rol de doenças elencadas no International Classification of Diseases – ICD. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icd/en>>. Acesso em: 17 set. 2016. Editado pela Organização Mundial da Saúde. Entretanto, um estudo publicado pela Lancet Psychiatry em junho de 2016, propõe a retirada do transtorno de identidade de gênero do rol de doenças previstas pela OMS, sob o argumento de que características como a condição emocional do sujeito não são sintomas de transtorno mental, mas são, na realidade, causadas pela pressão social que o sujeito transexual sofre. A OMS ainda não publicou o novo ICD, previsto para 2018, logo, ainda a exclusão do transtorno de gênero da lista de doenças ainda é apenas uma possibilidade. Para o Brasil, a nova publicação tem extrema importância, pois o IBGE adota o ICD como base de classificação de doenças. Disponível em: <<http://concla.ibge.gov.br/classificacoes/por-tema/saude/cid-10.html>>. Acesso em: 17 set. 2016

A lacuna normativa, porém, não é um impedimento para que indivíduos busquem o Judiciário e, por meio de sentença julgando procedente o pedido, possam ir ao cartório regular a situação de seus registros. O que ocorre, entretanto, é que sem parâmetros legislativos, as decisões vêm interpretando os dispositivos que versam sobre o tema de maneiras distintas, o que pode comprometer a garantia de direitos e, conforme demonstrado, ofender a Dignidade Humana.

No que concerne ao ajuizamento da ação, é possível falar no cabimento da Ação de Retificação de Nome, tendo como fundamento principal os arts. 55 e 58 da LRP, ainda que para decidir sobre o pedido, o juiz tenha que fazer uma análise interpretativa dos dispositivos, pois não versam especificamente sobre a hipótese em comento. Cabe, então, ao indivíduo comprovar a discrepância entre seu nome e sexo registrados e sua identidade de gênero.

A comprovação da identidade de gênero pode ser complicada, pois na maioria de seus aspectos é bastante subjetiva, envolvendo caracteres psíquicos dificilmente documentáveis. Com relação ao objeto do pedido, requerer a alteração do assento de nascimento facilita a alteração de outros documentos, pois, uma vez tendo em mão a sentença procedente e averbando a alteração no assento de nascimento, a nova certidão poderá ser utilizada para requerer as alterações posteriores.

Neste ponto a jurisprudência será analisada a fim de verificar de que forma o Judiciário vem se posicionando acerca do tema. Verifica-se que em respeito ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, ante a omissão da lei, o juiz deverá decidir o caso com a analogia, os costumes e princípios gerais do direito, não sendo possível o juiz não conhecer do pedido. Outro ponto importante, referente à preservação da dignidade do sujeito é a necessidade de a decisão judicial atender ao seu fim social, o que neste caso implica no reconhecimento deste grupo marginalizado.

Necessário observar, ainda, sobre a aplicação do art. 4º da LICC, que a dificuldade que a ser encontrada quando não existe legislação específica é

que a motivação do juiz recairá sobre a analogia e os costumes. Principalmente quando o objeto da demanda é um grupo invisibilizado, a utilização destes dois parâmetros pode ser comprometida, basta utilizar como exemplo a questão da retificação do assento de nascimento, pois a demanda proposta pelos transgêneros é muito específica e requer o reconhecimento social através da mudança simbólica. Isto implica dizer que a sentença procedente pode ser interpretada como fora dos costumes.

Em 28 de abril de 1981, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o tema ao julgar o Agravo Regimental n. 82-517-7/SP⁴⁴⁸ assim ementado:

EMENTA: - PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO PAR ALTERAÇÃO DE SEXO E NOME, EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÃO PLÁSTICA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE. RE INDEFERIDO POR DUPLO FUNDAMENTO. AGRG IMPROVIDO.

O caso trata de pedido de retificação do assento de nascimento formulado pelo Sr. Airton Galiaci, onde requereu a mudança de seu nome para Jaqueline e de seu sexo para o feminino, pois havia sido submetido a procedimentos médicos de transgenitalização. A sentença julgou improcedente o pedido, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido. Em sede de apelação, a decisão foi mantida, o que ensejou a interposição de Recurso Extraordinário, o qual foi indeferido.

De qualquer forma, vale analisar o teor do acórdão exarado em sede de apelação o qual foi transcrito no acórdão em comento e mantido pelo STF, veja-se:

“Ocorre que, segundo observou com muita atenção o Procurador de Justiça, ‘não possuindo órgãos geniais internos femininos, é manifesto que o ato cirúrgico de ablação do pênis, escroto e testículo não o “transformam” em pessoa do sexo feminino, tanto quanto não faria com alguém que houvesse atingido o mesmo resultado através de simples traumatismo (acidente). Seu genótipo continua sendo masculino, nada significando o seu aspecto externo,

⁴⁴⁸ AI 825717. Relator (a): Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, julgado em 28/04/1981, DJ 05-06-1981 PP 05397 EMENT VOL-01215-01 PP- 00297 RTJ VOL-0098-00193. STF.

conseguido artificialmente, mediante a implantação de órgão externo aparentemente feminino. Por conseguinte, nenhum é o seu direito subjetivo de alcançar a tutela judicial pretendida, mesmo porque a definição do sexo não é ato de opção, mas simples determinismo biológico, que se estabelece nos primeiros tempos de gestação (...)⁴⁴⁹

Com base neste julgado é possível demonstrar como a interpretação da legislação, na ausência de parâmetros específicos destinados a resolver o caso concreto, pode ser tanto em um sentido como em outro. Não se pode negar, por óbvio, que de 1981 aos dias de hoje, a sociedade mudou o pensamento social, passando a reconhecer situações que antes lhe pareciam estranhas, como é o caso do transgênero.

Prova disto é que, em 2007, o Superior Tribunal de Justiça debruçou-se sobre a mesma matéria ao julgar o Recurso Especial n. 1.008.398⁴⁵⁰, ocasião em que o recorrente Sr. Clauderson de Paula Viana, após nascer e ser registrado como homem do sexo masculino, aduziu que ao longo de sua vida sempre foi mulher, motivo pelo qual submeteu-se ao procedimento de redesignação sexual e deseja, então, a retificação em seu assento de nascimento, para que nele passe a constar o nome “Patrícia” do sexo feminino.

No caso, o parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo opinou pelo indeferimento da pretensão do recorrente, sob a alegação de que a hipótese não se insere nas exceções de retificação previstas pela Lei de Registros Públicos. Este argumento foi reconhecido pela Ministra Relatora Nancy Andrichi, que demonstrou, porém, a necessidade da alteração assento de nascimento, modificando tanto o nome como o sexo do recorrente, utilizando como fundamentação o art. 4 da LICC, o art. 126 CPC/73, o art. 13 do Código Civil e a resolução do Conselho Federal de Medicina, reconhecendo, por fim, que“ (...) a tendência mundial é a de alterar-se o registro adequando-se o sexo jurídico ao sexo aparente, ou seja, à identidade sexual, formada também por componentes psicossociais.”.

⁴⁴⁹ AI 825717. p.6-7.

⁴⁵⁰ REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009. DJE 18/11/2009. STJ.

Ao colocar ambos precedentes lado a lado, é explícita a mudança no entendimento jurisprudencial sobre o mesmo tema, construída com o passar dos anos. Notadamente, não houve a edição de nenhuma norma específica para o tema entre 1981 e os dias de hoje, o que sugere que a forma como o Judiciário passou a interpretar os dispositivos que versam sobre o tema mudou com o tempo. A mudança do entendimento jurisprudencial não é estranha ao direito, o único aspecto a ser ponderado, talvez, seja a ausência de consenso e a forma como isso afeta o processo de construção da identidade de transgêneros.

Em sua maioria, as decisões têm como base o diagnóstico do Transtorno de Identidade de Gênero - TIG e o tratamento, que é a cirurgia de redesignação sexual, de modo a caber ao Estado, após introduzir parte do tratamento no SUS, dar continuidade a ele, assegurando ao sujeito o direito de poder continuar perseguindo a adequação de sua identidade de gênero ao seu assento de nascimento.

Nessa lógica, outro ponto merece atenção com relação a construção feita pelo STJ, pois não foi abordada a possível ofensa ao Direito da Personalidade ou a Dignidade Humana. Entretanto, em uma sentença exarada na 1ª Vara de Família de Santa Catarina, nos autos da Ação de Retificação de Registro Público n 0037789-04.2012.8.24.0023⁴⁵¹, onde o pedido restringia-se apenas a alteração do prenome, a decisão foi fundamentada no art. 4º da LICC, no art. 126 do CPC/73, o art. 58 da LRP, mas trouxe ainda, a consideração o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o respeito aos Direitos da Personalidade, nos seguintes termos:

“A manutenção do presente cenário – em que o prenome _____ não condiz com a aparência física, nitidamente feminina (fls. 17/18) – acarreta em flagrante desrespeito à personalidade do autor e a todos os direitos inerentes a esta (...)”

⁴⁵¹ DIREITO HOMOAFETIVO. 19/02/2015. Apresenta um banco de decisões judiciais sobre a mudança de nome sem cirurgia. Disponível em: <<https://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=25&s=30&p=1t>>. Acesso em: 22 out. 2016

De forma semelhante, na Apelação Cível n. 1102067-95.2015.8.26.0100⁴⁵², os desembargadores da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acordaram em dar provimento ao recurso para deferir o pedido formulado da inicial, que visava a adequação do sexo de transexual feminina em seu registro civil, sob o fundamento de que:

“Não há dúvida de que, hoje, a questão da identidade de gênero tenha ultrapassado o limite da determinação biológica (...) Há mesmo o envolvimento de componente antes cultural e que, assim, não vincula o gênero, de modo estático, ao sexo morfológico de nascimento.”⁴⁵³

Em caso análogo, a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ao julgar a Apelação n. 2013.01.1.163085-4⁴⁵⁴, negou provimento ao recurso. No caso, a apelação insurgia-se contra sentença que indeferiu o pedido de alteração de registro civil sob o argumento de que a realização do procedimento de redesignação sexual seria imprescindível para a alteração do sexo no registro civil, mesmo mediante documentos que comprobatórios do diagnóstico de Transtorno de Identidade de Gênero e do respectivo tratamento de acompanhamento.

Ante o exposto, é possível verificar que ainda não existe consenso entre as justiças estaduais sobre o tema. Na realidade, os posicionamentos dos tribunais estaduais ainda não se ajustaram ao próprio entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Cabe analisar ainda que, sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema por meio do RE n.670422/RS⁴⁵⁵, assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGITROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO.

⁴⁵² Apelação nº 1102067-95.2015.8.26.0100. Relator(a): Claudio Godoy; Comarca: São Paulo; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/07/2016; Data de registro: 08/07/2016. p.3.

⁴⁵³ Apelação nº 1102067-95.2015.8.26.0100. p.3.

⁴⁵⁴ Acórdão nº 841303, 20130111639845APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVERIA, 3ª Turma Cível, Data de julgamento: 17/12/2015. p. 337.

⁴⁵⁵ RE 670422 RG, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 11/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 229-DIVULG 20-11-2014. STF.

RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE ENTRE OUTROS, E A CONVENIÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Na decisão que reconheceu a Repercussão Geral da matéria, o Ministro Dias Toffoli cita o parecer ministerial que afirma que “mesmo com os avanços da cirurgia, transexuais ainda não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram, sendo, pois, o caso de averbar no registro de nascimento do recorrente sua condição de transexual”. Reconhecendo, ainda, que a matéria está revestida do manto constitucional, pois versa sobre a relação dos direitos fundamentais com os da personalidade, dignidade da pessoa humana, saúde, publicidade e veracidade de registros públicos.

A conclusão que se chega após a análise dos casos acima, é que o entendimento jurisprudencial sobre o tema ainda não encontra consenso. O objeto da demanda é comum, sujeitos transgêneros ou transexuais que, vivendo como tal, buscam o Judiciário a fim de dispor de sentença judicial procedente capaz de promover a alteração do assento de nascimento.

A alteração pode ser apenas referente ao nome, ou incluir, ainda, o sexo, sendo imprescindível para ambos os casos que o Judiciário se manifeste, mesmo ante a ausência de legislação específica, nos moldes do art. 4º da LICC combinado com o art. 126, CPC/73⁴⁵⁶, bem como o art. 13 do Código Civil, cumulado com a exceção prevista no art. 58, parágrafo único da Lei de Registros Públicos e a Resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina, sem deixar de lado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, porém, que mesmo dispondo dos mesmos dispositivos legais, as orientações jurisprudenciais ainda não caminham de forma

⁴⁵⁶ BRASIL. Art. 126 da Lei n. 5.869 de 1973: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais ou costumeiras, nos casos omissos, recorrerá à analogia, e aos princípios gerais de direito.

padronizada, apenas a título de exemplo, o STJ entende ser possível efetuar a alteração do nome e do sexo constantes do assento de nascimento do transexual que é submetido ao procedimento de redesignação sexual. O STF, por outro lado, ainda não se manifestou definitivamente sobre o tema, afirmando apenas que seria o caso de se averbar a condição de transexual no assento de nascimento.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a forma como o Direito e o Judiciário atendem às demandas de transgêneros que pleiteiam retificar seu assento de nascimento a fim de adequar o nome e o gênero nele constantes, e perseguir, assim, a consolidação de sua identidade de gênero. A hipótese era que o ordenamento jurídico brasileiro dos dias de hoje ainda não dispõe de legislação específica sobre o tema, o que ofende o bem-estar social não apenas na esfera cível, em função dos direitos da personalidade, mas também na esfera constitucional, em razão da ofensa à dignidade da pessoa humana.

Para comprovar a hipótese, foi necessário apontar a forma como a construção do conhecimento social ocorre na sociedade e a importância do estranhamento para a introdução de novas noções sociais e, conseqüentemente, jurídicas. Nesse ponto, ainda, salientar o caráter marginalizado que envolve os transgêneros foi essencial para compreender a necessidade do reconhecimento do grupo e suas especificidades como meio de perseguir mudanças nas práticas simbólicas que fomentam o ciclo de invisibilidade destes sujeitos.

Nessa linha, os dispositivos normativos que tratam do tema foram analisados a fim de evidenciar a lacuna legislativa ante o caso específico. Entretanto, a coleta de entendimentos jurisprudenciais sobre o tema ressaltou a mudança do pensamento social brasileiro e indicou soluções interpretativas para o caso. O que se impõe de forma clara, entretanto, é a carência de padrão no entendimento do Judiciário, tanto no âmbito estadual como federal.

Por conseguinte, o sujeito transgênero fica à mercê da insegurança jurídica, podendo ter seu pedido de retificação no assento de nascimento deferido ou indeferido, dependendo do caso. Nesse ponto, o trabalho cuidou da demonstração do impacto que estas decisões têm sobre o sujeito em seu processo de construção e consolidação da identidade de gênero, sendo incontestável a parcela significativa que a dignidade da pessoa humana desempenha no contexto.

A análise deste recorte pressupõe a compreensão da necessidade da desconstrução da relação sexo biológico-gênero, para que seja possível promover avanços no reconhecimento de demandas transgêneras, não apenas na esfera judicial, mas especialmente a fim de intentar a produção de aperfeiçoamentos legislativos no que diz respeito especificamente a este grupo.

Nesse sentido, considerando a ausência de parâmetro legal, a construção jurisprudencial acerca do tema se torna incerta, ficando o Poder Judiciário com a responsabilidade em mãos para solucionar como e por qual via este grupo social poderá perseguir seus direitos e consolidar sua identidade de gênero, seu reconhecimento pela e na coletividade.

Por fim, em momentos como o de hoje, em que o cenário legislativo ainda está em descompasso com a realidade social, surgem questionamentos acerca da legitimidade destes sujeitos para pleitear direitos que sequer foram explicitamente inseridos na legislação brasileira, porém, não há que se hesitar, pois conforme demonstrado ao longo do trabalho, a relevância jurídica da matéria é perceptível.

Insta esclarecer, por fim que, no âmbito do Judiciário, o Recurso Extraordinário nº 670.422/RS, em que a Repercussão Geral da matéria foi reconhecida, o Supremo Tribunal Federal, terá o escopo de unificar o entendimento jurisprudencial sobre o tema, tendo em vista que atualmente ainda não existe legislação específica capaz de resolver a questão.

REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*. Nova Iorque: Editora Routledge, 1990. p. 7.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro. Volume 1. Teoria Geral do Direito Civil*. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 135-136

DIREITO HOMOAFETIVO. 19/02/2015. Apresenta um banco de decisões judiciais sobre a mudança de nome sem cirurgia. Disponível em: <<https://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudência.php?a=25&s=30&p=1t>>. Acesso em: 22 out. 2016

FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*. Jessé Souza. *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Editora UnB, 2001 p. 245-282.

GUIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 60.

INTERNATIONAL SPECTRUM. LGBT Terms and Definitions. Desenvolvido pela Universidade de Michigan. EUA. Apresenta a variedades de siglas e significados utilizados sobre o tema. Disponível em: <<https://internationalspectrum.umich.edu/life/definitions>>. Acesso em: 11 nov. 2016

LOURO. Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2004. p. 7-8.

MANHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982. p. 36.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 172-173.

National Center of Transgender Equality. Conceitos sobre o tema. Disponível em: <<https://www.transsexuality.org/issues/resources/transgender-terminology>>. Acesso em: 11 nov. 2016

O JOGO DA IMITAÇÃO. Direção: Morten Tyldum. Diamond Films: 2015.
1h55

SENADO FEDERAL. Disponível em:
<<https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/mudardenome/index.html>>. Acesso em: 27 ago. 2016

VOTO NULO E RENOVAÇÃO DAS ELEIÇÕES
CRÍTICAS AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20159

NULL VOTE AND ELECTIONS RENOVATION:
CRITICISM OF THE DECISION TAKED BY THE TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS Nº 20.159

Marcelo Luis Koch

SUMÁRIO

Introdução; Marco legal da matéria e descrição da situação-problema; Exposição dos debates e da decisão tomada no Processo Administrativo nº 20159; Consequências práticas do entendimento adotado pelo TSE e análise da adequação com o modelo de democracia previsto na Constituição Federal; Conclusão; Referências.

RESUMO

No presente trabalho será analisada a conformidade da decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no Processo Administrativo nº 20.159 com a Constituição Federal. Inicialmente, expor-se-á a normativa legal atinente à questão e a situação-problema. Ato contínuo, serão analisados os debates e a decisão tomada no processo administrativo. Por fim, procuraremos demonstrar como essa decisão fragiliza o modelo de democracia previsto em nossa Constituição Federal, especialmente por permitir que candidatos sem representatividade e legitimidade assumam cargos eletivos.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Legitimidade. Voto Nulo. Renovação. Eleições

ABSTRACT

In this paper we will analyze the conformity of the decision by the Tribunal Superior Eleitoral (TSE) in the Administrative Process nº 20.159 with the Federal Constitution. Initially we'll expose the legal issue about the problematic and the legal case. Then, we'll analyse the debates made and the decision taked by the Court in the Administrative Process. Lastly, we'll try to demonstrate that this decision weakens the model of democracy provided by our Constitution, especially considering the fact that candidates without representativity and legitimacy could take political office.

KEYWORDS: Democracy. Legitimacy. Null vote. Elections renovation

Introdução

Neste trabalho será analisada a decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral no Processo Administrativo nº 20.159 e a sua adequação com o modelo de democracia estabelecido em nossa Constituição Federal (CRFB/88). O desenvolvimento do trabalho centraliza-se na discussão do modelo de democracia constitucional estabelecido, notadamente no que se refere à aquisição e ao exercício de cargos eletivos, com especial ênfase à representatividade e à legitimidade exigida de todo aquele que postula a assunção de tais cargos.

Como problema de pesquisa tem-se a análise da decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral no Processo Administrativo nº 20159 e verificação se ela não afronta a legitimidade exigida de todo mandatário e, por conseguinte, se não colide com o modelo constitucional de aquisição e exercício do poder político.

Em observação sumária, dir-se-ia que essa decisão negligenciou o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece o povo como fonte de todo e qualquer poder na República Federativa do Brasil; e os art. 28, caput; 29, II e alínea 'a'; e 77, §§ 2º e 3º), que estabelecem normas para a assunção de cargos públicos eletivos.

De modo a fundamentar o posicionamento do leitor, o presente trabalho será produzido a partir da análise da decisão proferida no Processo Administrativo nº 20159, da legislação relativa ao tema existente e de pesquisas dogmáticas relativas ao assunto. A análise conjunta destas fontes possibilitará a compreensão de toda a complexidade inerente à temática e permitirá a confirmação ou não da hipótese acima exposta.

1 Marco legal da matéria e descrição da situação-problema

Antes de mais nada, transcreve-se os dispositivos do Código Eleitoral (CE) objeto de análise neste trabalho:

Art. 175. Serão nulas as cédulas:

[...]

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados⁴⁵⁷: [\(Renumerado do § 4º pela Lei nº 4.961, de 4 5.66\)](#)

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais,

⁴⁵⁷ A discussão envolvendo a interpretação conjunta destes dispositivos com o art. 16-A da LE não será objeto de aprofundamento no presente trabalho. Aquela discussão, ainda que próxima do objeto deste trabalho, com ele não se confunde. Lá se discute a possibilidade de partido político ou coligação aproveitar os votos obtidos por candidato que teve seu registro indeferido após as eleições por instância superior. Esta discussão tem mais relevância nas eleições proporcionais, nomeadamente em razão da natureza “binária” do voto neste pleito. Será objeto de rápidos comentários no presente artigo texto, sob o enfoque de o candidato com registro sub judice participar da campanha “por sua conta e risco”, do que resulta que a validade dos votos a ele dados está condicionada a posterior obtenção do registro.

julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

O processo eleitoral contempla uma série de atos encadeados, ordenados e de ocorrência sucessiva. Inicia-se com a escolha do candidato em convenção partidária; ato contínuo, este candidato requer o pedido de registro de candidatura; e, realizadas as eleições, proclama-se e se diploma o candidato eleito.

Respeitada a ordem, só pode ser diplomado o candidato proclamado eleito; só será [ou deveria ser] proclamado eleito aquele que atingir a maioria absoluta ou relativa dos votos válidos na eleição majoritária; só poderá participar das eleições aquele que ostentar a condição de candidato, qualidade que só é atribuída àquele que for eleito em convenção partidária.

A ressalva feita no parágrafo anterior, entre as fases da apuração da votação, da proclamação do eleito e da diplomação, é exatamente a discussão que permeia a interpretação conjunta dos art. 175, §3º, e 224 do Código Eleitoral.

Várias são as situações hipotéticas provenientes da aplicação conjunta destes dispositivos. Dois extremos são facilmente evidenciados: a) uma primeira é o do candidato eleito que participou das eleições com o registro de candidatura deferido em decisão final e obteve a maioria absoluta dos votos válidos⁴⁵⁸; b) a outra situação seria a do candidato que disputou as eleições com o registro de candidatura indeferido em decisão final e também conquistou a maioria absoluta de votos válidos.

Naquela situação o candidato será proclamado eleito, diplomado e assumirá regularmente o mandato, como desdobramento do regular andamento do processo eleitoral. Já nesta, como o candidato teve seu registro indeferido em decisão transitada em julgado, sequer cumpriu os requisitos que o autorizariam a participar da eleição, motivo pelo qual não

⁴⁵⁸ O uso da expressão “votos” sem qualquer adjetivação indica que se trata da totalidade de votos. O uso da expressão “votos válidos”, por sua vez, indica que se descontou da totalidade de votos as abstenções, os votos nulos e os votos em branco (nulidades por manifestação apolítica do eleitor). Ademais, em todas as situações que a expressão “maioria absoluta” for utilizada entenda-se que o candidato conquistou mais da metade dos votos do conjunto a ser especificado. A utilização da expressão “maioria relativa”, por sua vez, denota que o candidato conquistou a maior votação, mas não alcançou mais da metade dos votos do conjunto.

será proclamado eleito, muito menos diplomado, impondo-se a realização de novas eleições.

Expostos os dois extremos, as situações que os entremeiam não se revestem da mesma simplicidade. A constante presente em todas estas situações é a inexistência de julgamento definitivo do pedido de registro de candidatura na data da diplomação, ou seja, os pedidos de registro de candidatura estão *sub judice*. Os seguintes cenários são desenhados: a) candidato eleito com maioria absoluta dos votos válidos que concorreu com o registro de candidatura deferido; b) candidato eleito com maioria absoluta dos votos válidos que concorreu com o registro de candidatura indeferido; c) candidato eleito com maioria relativa dos votos válidos que concorreu com o registro de candidatura deferido; e d) candidato eleito com maioria relativa dos votos válidos que concorreu com o registro de candidatura indeferido.

Em relação às hipóteses previstas nas letras 'a' e 'c', dado o deferimento do registro de candidatura, ainda que sobre ele exista recurso, presume-se que o candidato preencheu todas as condições de elegibilidade e não incide em nenhuma causa de inelegibilidade, razão pela qual se admite que avance no processo eleitoral e seja diplomado e empossado no cargo. Neste caso, eventual decisão de indeferimento do registro operará como condição resolutive de diploma anteriormente concedido.

Igualmente, a situação descrita na hipótese 'b' também não apresenta maiores desafios. Por se encontrar com o registro de candidatura indeferido, não poderá avançar no processo eleitoral. Na medida em que obteve a maioria absoluta dos votos válidos incide o art. 224 do CE de forma a determinar a renovação das eleições. Neste caso, eventual decisão judicial concessiva do registro atua como condição suspensiva para entrega do diploma, a teor do previsto no art. 16-A da Lei 9504/97.

Por fim, tem-se ainda a situação descrita na letra "d", em que o candidato eleito conquistou a maioria relativa dos votos, porém concorreu com o pedido de registro de candidatura indeferido. De todas as situações hipotéticas do modelo, esta é a que causa maiores debates e permite a adoção de conclusões diversas. Isso ocorre em razão da impossibilidade de se diplomar e empossar este candidato, pois não obteve o registro de

candidatura; bem como pela não renovação das eleições, pois não foi atingido o quantitativo de votos que a determinariam.

Dois questionamentos logo se impõem: a) quem ocupará o cargo eletivo até que sobrevenha o trânsito em julgado do pedido de registro de candidatura? b) com o trânsito em julgado da decisão de registro de candidatura, se confirmado o indeferimento, qual o encaminhamento a ser adotado?

Deixar o cargo vago no aguardo do julgamento definitivo não parecer ser uma opção razoável. Admiti-la importaria a paralisia estatal, o que não interessa a ninguém. As alternativas possíveis parecem indicar o exercício temporário da chefia do executivo pelo chefe do Poder Legislativo ou a diplomação do candidato mais votado com o registro deferido, sob condição resolutive.

Já em relação à segunda indagação, (procedimento a ser adotado com o trânsito em julgado da decisão que confirma o indeferimento do pedido de registro de candidatura), sua resposta é ainda mais sensível quando o indeferimento não inquirar de nulidade mais de 50% dos votos válidos, hipótese em que não seria admitida a renovação das eleições. Pode-se ter ainda mais problemas a depender da fórmula adotada para realização do cálculo a fim de ver se foi ou não alcançado o percentual acima citado.

2 Exposição dos debates e da decisão tomada no Processo Administrativo nº 20159.

A falta de regulamentação legal específica acerca do tratamento normativo a ser conferido à situação em que o candidato com registro indeferido obtém menos da metade dos votos válidos gera um vasto campo para a atuação da hermenêutica e autoriza as mais criativas soluções. Com a finalidade de unificar o entendimento sobre a temática, o Tribunal Superior Eleitoral foi instado a se manifestar sobre a questão no Processo Administrativo nº 20159.

Duas eram as principais controvérsias relativas ao assunto: a) quais os votos nulos são computados para fins de renovação da eleição prevista no art. 224 do CE; e b) não sendo renovada a eleição, quem exerceria o

mandato eletivo na impossibilidade de o candidato mais votado fazê-lo⁴⁵⁹.

Motivada pela constatação de que em alguns municípios sob a jurisdição do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí o número de votos nulos teria ultrapassado mais de cinquenta por cento dos votos apurados nas eleições de 2008, a Presidente do Tribunal Eleitoral local apresentou consulta ao Tribunal Superior Eleitoral com as seguintes indagações⁴⁶⁰:

1º) Mesmo em havendo mais de cinquenta por cento de votos nulos no município, deve a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obteve a maioria dos votos válidos, não computados os votos nulos e os votos em branco, nos termos do art. 29, II c/c o art. 77, § 2º, da Constituição Federal?

2º) Em caso de resposta negativa, na indagação anterior, aplica-se à hipótese o art. 224 do Código Eleitoral, realizando-se novas eleições?

3º) Em sendo desprovidos os recursos interpostos pelos candidatos a cargo majoritário que concorreram ao pleito na condição de candidatos sub judice (com pedido de registro indeferido pelo Juiz Eleitoral e decisão mantida pelo TRE, mas com recurso pendente de julgamento no TSE), os votos nulos provenientes da votação auferida por esses candidatos se somam aos votos nulos resultantes da manifestação apolítica dos eleitores (digitação em número de candidato inexistente, voluntariamente ou por equívoco) para os fins do art. 224 do Código Eleitoral?

A consulta foi convertida em Processo Administrativo (PA) pela impossibilidade de a Corte Eleitoral responder consultas abstratas durante o período eleitoral.

No mérito da questão, a Assessoria Especial da Presidência manifestou-se quanto à primeira pergunta de forma afirmativa, pela possibilidade de *"a Junta Eleitoral pode proclamar eleito o candidato que obteve a maioria dos votos válidos, não computados os votos nulos e os votos em branco"* e, por conseguinte, prejudicada a segunda pergunta. Sobre a terceira pergunta, entendeu que os votos nulos não se confundiriam com os votos anuláveis, estes inicialmente válidos, razão pela qual defendeu a

⁴⁵⁹ A renovação das eleições prevista no art. 224 do CE pode ser produzida das mais variadas formas: a) pelos votos dados ao candidato mais votado, isoladamente; b) pelo somatório dos votos dados a este candidato aos de outros candidatos; c) por meio de votos atribuídos aos outros candidatos, excluído os votos dados ao candidato mais votado. Todavia, em razão daquilo que debatido no Processo Administrativo, limitar-se-á à análise da situação prevista na letra 'a', quando o candidato mais votado não poderá ser diplomado nem foi atingido o percentual previsto no art. 224 do CE.

⁴⁶⁰ Tribunal Superior Eleitoral. **Processo Administrativo nº 20.159**. p. 3.

impossibilidade de se somar os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor com os votos anuláveis por decisão judicial superveniente. Tal entendimento foi acolhido na íntegra pela relatora⁴⁶¹.

O Ministro Arnaldo Versiani, em sumária intervenção, concordou com a relatora em relação às questões nºs 1 e 2, porém divergiu no tocante à terceira. Afirmou não estar propriamente convencido da impossibilidade de se somar os votos nulos com os votos anuláveis. Exemplificou que se em determinada municipalidade 15% dos votos fossem nulos e outros 40% dos votos fossem anuláveis, neste caso pelo indeferimento do registro, não seria realizada nova eleição se adotado o entendimento da relatora, nada obstante 55% dos votos fossem inválidos, com o que não concorda⁴⁶².

O Ministro Henrique Neves, em breve colocação também se manifestou pela impossibilidade de segmentação dos votos inválidos para fins de renovação da eleição. Destacou que

O Código Eleitoral aponta como voto nulo aquele que foi dado a candidato não registrado. Na hipótese de o candidato não ter nenhum registro - que me parece ser o caso da consulta - , o que haverá será apenas a confirmação de que o registro foi dado a ele. E, sendo nulo, penso que deve ser somado aos outros que - seja por questões apolíticas, seja por que o for - foram considerados nulos. Nesse sentido, adianto meu entendimento de que deve haver a soma para apuração da incidência do artigo 224⁴⁶³.

Após ter solicitado vista, o Ministro Arnaldo Versiani lembrou que a validade da votação na eleição majoritária é aferida considerando-se o total de votos válidos, número obtido a partir da subtração dos votos brancos e nulos do número total de votos. Ato contínuo, esclareceu que, caso a nulidade dos votos dados a candidatos com registro indeferido na eleição majoritária for superior a 50% da votação válida, deve ser realizada nova eleição, a teor do art. 224 do CE⁴⁶⁴.

Entendeu, ainda, que, se no momento da posse do prefeito e do vice-prefeito a nulidade derivada de votos dados a candidatos com registros indeferidos atingir mais de 50% dos votos, deve o Presidente da Câmara

⁴⁶¹ Ibidem p. 5.

⁴⁶² Ibidem. p. 8.

⁴⁶³ Ibidem. p. 9-10.

⁴⁶⁴ Ressalva, porém, que a renovação das eleições apenas seria cabível quando transitada(s) em julgado a(s) decisão(ões) indeferitória(s) de

registro. Ibidem. p. 13.

Municipal assumir a chefia do executivo até que sobrevenha decisão definitiva nos processos de registro e o candidato seja diplomado pelo deferimento do registro ou se realizem novas eleições, se confirmada no tribunal *ad quem* a negativa de registro.

Por fim, concorda com a relatora em relação a terceira questão, pela impossibilidade de soma dos votos nulos dados a candidatos com registro indeferido com os votos nulos produto da manifestação apolítica do eleitor⁴⁶⁵.

O Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto inicialmente diferencia os votos nulos dados a candidatos com registro indeferido (anuláveis) e os votos nulos derivados de manifestação apolítica (“natinulos”), sob a justificativa de representarem “grandezas ontologicamente distintas. Coisas heterogêneas”⁴⁶⁶.

O voto propriamente nulo indicaria uma aversão do eleitor aos candidatos registrados, um protesto contra a política ou mesmo contra a obrigatoriedade do voto, salvo na hipótese de erro do eleitor. Difere da nulidade ocasionada pelo indeferimento do registro de candidatura de determinado candidato, em que o voto dado pelo eleitor é inicialmente válido e se dirige a um candidato específico: a nulidade não está na origem do voto, não é congênita; mas no destinatário do voto, superveniente, motivada por questões estranhas a vontade do eleitor, no caso, o indeferimento do registro do candidato.

Isso posto, em resposta à primeira questão⁴⁶⁷, não admite que os votos propriamente nulos (votos “natinulos”) sejam somados aos votos cuja nulidade decorra de decisão negativa de registro de candidatura prevista no §3º do art. 175 do CE para determinar a renovação das eleições (votos anuláveis).

Quanto à primeira questão formulada no PA, entende que se o candidato, ele próprio, houver obtido mais de 50% dos votos válidos, a junta eleitoral não deve proclamar o resultado, pouco importando a causa de nulidade dos votos. Lembra a compreensão jurisprudencial de que o art. 224

⁴⁶⁵ Ibidem. p. 15.

⁴⁶⁶ Ibidem. p. 19.

⁴⁶⁷ Correspondente à terceira questão na versão no questionário da relatora.

seria “*condição de eficácia das eleições*”⁴⁶⁸. Não sendo eficaz, nenhum efeito pode produzir, impondo-se a realização da nova eleição como forma de conciliar o “*princípio da soberania popular com o critério de majoritariedade que é inerente à democracia*”. Defende o julgamento da prejudicialidade das demais votações e a comunicação ao TRE competente para que sejam realizadas novas eleições⁴⁶⁹.

Aproveita o ensejo e destaca que não apenas a nulidade derivada do indeferimento do pedido de registro de candidatura provocará a realização de novas eleições. Atingido o patamar legal com votos nulos maculados pela nulidade congênita também deverão ser realizadas novas eleições, em razão da inadmissibilidade de que o Chefe do Executivo eleja-se “*contra a deliberada vontade soberana do corpo eleitoral de uma dada circunscrição federada*”⁴⁷⁰.

Ato contínuo, questiona se a junta eleitoral deveria proclamar o resultado da eleição quando o candidato com registro indeferido *sub judice* vencedor do pleito não tenha alcançado 50% dos votos válidos. Responde de forma positiva, sem prejuízo de admitir a posterior alteração no quadro fático, em razão do deferimento de registro de candidatura que altere o resultado final do pleito. Admite, pois, a diplomação do candidato segundo colocado nas eleições, quando o candidato mais votado não obteve a maioria absoluta dos votos válidos e concorreu com o registro indeferido *sub judice*⁴⁷¹.

Por fim, concorda com o Ministro Arnaldo Versiani no tocante ao exercício temporário da chefia do executivo pelo Presidente do Legislativo Municipal quando mais de 50% dos votos terem sido dados para candidatos sem registro⁴⁷².

O Ministro Arnaldo Versiani concorda com o entendimento de que os votos nulos em razão de terem sido dados a candidatos sem registro não se somam àqueles derivados de manifestação apolítica do eleitor para fins de renovação da eleição. Afirma ser esse o entendimento pacífico na Corte e pontua que “*é sempre boa a interpretação que dê mais efetividade à eleição*”.

⁴⁶⁸ Ibidem. p. 21.

⁴⁶⁹ Ibidem. p. 21.

⁴⁷⁰ Ibidem. p. 21-22.

⁴⁷¹ Ibidem. p. 22.

⁴⁷² Ibidem. p. 26.

*Essa soma levaria a que se anulassem mais eleições, também.*⁴⁷³.

Adere ao entendimento que defende a impossibilidade de se proclamar eleito o candidato com a maioria dos votos válidos quando a maioria absoluta dos votos for nula.

Já em relação à possibilidade de se diplomar candidato sem registro deferido, não houve consenso entre os ministros. Prevaleceu o entendimento de que não seria possível a diplomação do candidato, sendo irrelevante o motivo do indeferimento do registro. Vencido, no ponto, o Ministro Marcelo Ribeiro, para quem o candidato com registro indeferido *sub judice* deveria ser diplomado caso ainda não houvesse manifestação do TSE sobre o pedido do registro⁴⁷⁴.

Sustenta que esse entendimento já fragiliza a literalidade do art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990⁴⁷⁵, que exigia o trânsito em julgado para a produção de seus efeitos. Não acredita ser razoável fazer maiores concessões hermenêuticas em razão do elevado percentual de decisões dos regionais que são reformadas pelo Tribunal Superior. Aduz que “*por ficção legal, antes do trânsito em julgado, não há indeferimento de registro; ele está[ria] deferido por ficção legal até o trânsito em julgado*”⁴⁷⁶.

Esta argumentação é rebatida pelo Ministro Arnaldo Versiani, para quem a natureza trifásica do processo eleitoral (registro, diplomação e voto), impediria que alguém avançasse para a fase subsequente sem superar a antecedente, ou seja, que algum candidato fosse diplomado sem que tenha o registro de candidatura deferido. A tal compreensão filiou-se o Min. Ayres Britto⁴⁷⁷.

Em seu voto, o Ministro Eros Roberto Grau de plano afirma que não se confundem as nulidades derivadas da votação conferida a (a) candidato com registro indeferido, (b) da manifestação apolítica e (c) da captação ilícita de sufrágio, do abuso de poder ou da prática de condutas vedadas: inexistiria

⁴⁷³ Ibidem. p. 31.

⁴⁷⁴ Ibidem. p. 36-37.

⁴⁷⁵ Veja-se que este processo administrativo foi julgado no final do ano de 2008, ou seja, tinha como parâmetro a redação àquele momento vigente da Lei Complementar nº 64/90. Com a edição da Lei Complementar nº 135/2010 e a alteração do art. 15º a discussão feita pelos ministros perdeu objeto.

⁴⁷⁶ Ibidem. p. 38.

⁴⁷⁷ Ibidem. p. 39.

superposição entre tais nulidades, pois diversos os momentos em que elas ocorreriam⁴⁷⁸. Nega, pois, a possibilidade de se somar os votos dados a candidato sem registro ou inelegível com os votos nulos derivados de manifestação apolítica⁴⁷⁹.

Ademais, não admite a proclamação ou diplomação de nenhum candidato se mais de cinquenta por cento dos votos forem nulos ou tiverem sido anulados. Em relação à possibilidade de proclamação do resultado da eleição quando candidato com registro indeferido sub judice conquista menos de 50% dos votos, apresenta duas sugestões: a) caso na data da eleição esteja com o registro indeferido, não poderá ser proclamado eleito nem diplomado, ressalvada decisão posterior concessiva do registro; b) se estiver o registro deferido na data da eleição, será proclamado eleito, diplomado e exercerá o mandato até que sobrevenha decisão posterior que indefira o registro, que culminará no cancelamento do diploma, exigindo-se o trânsito em julgado se o indeferimento for motivado em causa de inelegibilidade⁴⁸⁰.

Ato contínuo, sobre a aplicabilidade do art. 224 do Código Eleitoral para o segundo turno, antevê a existência de duas situações diferentes. Se mais de 50% dos votos forem nulos em razão de manifestação apolítica do eleitorado, defende a realização de nova eleição⁴⁸¹.

Todavia, se a nulidade derivar de votos dados a candidato inelegível ou não registrado, seria necessário a contabilização para ver se neste caso os votos superam cinquenta por cento dos votos válidos. Se afirmativo, aplica-se o art. 224. Se negativo, procede-se à realização do segundo turno, desconsiderando-se o candidato com registro agora indeferido.

Em conclusão, entende que o Presidente da Câmara municipal deverá tomar posse se até este momento nenhum candidato for proclamado eleito e diplomado em razão de mais de cinquenta por cento dos votos válidos terem sido dados a candidato sem registro⁴⁸².

Por fim, o Ministro Joaquim Barbosa adere ao entendimento do Ministro Marcelo Ribeiro na aplicação do art. 15 da LCP 64/90, em relação à

⁴⁷⁸ Ibidem. p. 44.

⁴⁷⁹ Ibidem. p. 45.

⁴⁸⁰ Ibidem. p. 46-47.

⁴⁸¹ Ibidem. p. 48.

⁴⁸² Ibidem. p. 48.

exigência de que o TSE se manifeste sobre a negativa do registro de candidatura para que ela surta efeitos, tanto no caso de condição de elegibilidade como no caso de causa de inelegibilidade. Além disso, entende que a chefia do executivo municipal ficaria a cargo do presidente da Câmara de Vereadores enquanto não renovadas as eleições com fundamento no art. 224 do CE⁴⁸³.

Sobre a primeira questão⁴⁸⁴ entende que os votos podem ser divididos em duas classes: votos válidos e votos não válidos. Os votos não válidos subdividir-se-iam ainda em três outras espécies: brancos, nulos por manifestação apolítica e nulos conferidos a candidatos *sub judice*⁴⁸⁵. Conclui no sentido de que os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor somam-se aos votos dados a candidatos com registro indeferido para fins de incidência do art. 224⁴⁸⁶.

Concluído o julgamento, as perguntas e respostas formuladas na consulta foram assim respondidas:

1º) Mesmo em havendo mais de cinquenta por cento de votos nulos no município, deve a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obteve a maioria dos votos válidos, não computados os votos nulos e os votos em branco, nos termos do art. 29, II c/c o art. 77, § 2º, da Constituição Federal?

A Junta Eleitoral deve proclamar eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos válidos, não computados os votos nulos e os em branco. Todavia, não há prejuízo de que nova proclamação seja feita em razão de superveniente deferimento do registro de candidato que se encontrava *sub judice*.

2º) Em caso de resposta negativa, na indagação anterior, aplica-se a hipótese o art. 224 do Código Eleitoral, realizando-se novas eleições?

Prejudicada pela resposta da primeira questão.

3º) Em sendo desprovidos os recursos interpostos pelos candidatos a cargo majoritário que concorreram ao pleito na condição de candidatos *sub judice* (com pedido de registro indeferido pelo Juiz Eleitoral e decisão mantida pelo TRE, mas com recurso pendente de julgamento no TSE), os votos nulos provenientes da votação auferida por esses candidatos

⁴⁸³ Ibidem. p. 74-75.

⁴⁸⁴ A primeira questão que o Ministro Joaquim Barbosa refere-se não é a primeira questão do PA, mas sim a primeira questão da ordem por ele citada na fl. 73, ou seja, a seguinte pergunta: “Os votos nulos dados aos candidatos sem registro ou inelegíveis somam-se aos votos nulos derivados de manifestação apolítica?”.

⁴⁸⁵ Ibidem. p. 75.

⁴⁸⁶ Ibidem. p. 77.

se somam aos votos nulos resultantes da manifestação apolítica dos eleitores (digitação em número de candidato inexistente, voluntariamente ou por equívoco) para os fins do art. 224 do Código Eleitoral?

Os votos dados a candidatos cujos registros encontravam-se *sub judice*, tendo sido confirmados como nulos, não se somam, para fins de novas eleições (art. 224, CE), aos votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor⁴⁸⁷.

3 Consequências práticas do entendimento adotado pelo TSE e análise da adequação com o modelo de democracia previsto na Constituição Federal

Indubitavelmente, duas eram as principais questões em debate no Processo Administrativo em análise: a) quais votos nulos seriam computados para determinar a renovação das eleições previstas no art. 224 do CE; e b) a viabilidade de candidato que não tenha sido o mais votado nas eleições ser diplomado e assumir o mandato, ainda que temporariamente e sob condição resolutive.

No que tange à renovação da eleição, a afirmação de que existem duas categorias de nulidades, cujas causas, parâmetros e momento de incidência sejam diversos, pode gerar situações um tanto quanto complexas para os atores envolvidos no processo eleitoral, em especial o eleitor.

Estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral⁴⁸⁸ indicam que os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor (votos nulos e votos em branco), somados às abstenções, representaram 27,04%⁴⁸⁹ nas eleições de 2014⁴⁹⁰, 25,46%⁴⁹¹ nas eleições de 2012⁴⁹²; e 25,27%⁴⁹³ nas eleições de

⁴⁸⁷ Ibidem. p. 1;78.

⁴⁸⁸ Nem todos os dados a seguir expostos estão compilados e de são de fácil verificação pelo leitor. Para os dados cujo resultado decorreu de alguma operação matemática, foram utilizadas as seguintes fórmulas para obtenção da representação proporcional em relação ao total de votos da circunscrição: “Abstenção = (Abstenção * 100)/ Qt Aptos”; “Votos em branco = (Qt Votos em Branco * 100)/ Qt Aptos”; e “Votos nulos = (Qt Voto Nulos * 100)/ Qt Aptos”.

⁴⁸⁹ Somatório dos seguintes valores: 18,12% de abstenção; 3,42% de votos em branco; e 5,5% de votos nulos.

⁴⁹⁰ Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/informacoes_dados_estatisticos_eleicoes_2014_web.pdf>. Acesso em: 17/10/2016.

⁴⁹¹ Somatório dos seguintes valores: 16,41% de abstenção; 2,74% de votos em branco; e 6,31% de votos nulos.

⁴⁹² Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2012-1/estatisticas-eleitorais-2012>> e <<http://www.tse.jus.br/hotSites/estatistica2012/quadro-votacao.html>>. Acesso em: 17/10/2016.

2010⁴⁹⁴. De tais dados, obtém-se a média de 25,92% nas últimas três eleições.

Tomada a universalidade do eleitorado de determinada circunscrição eleitoral, desconta-se dela a média de votos nulos por manifestação apolítica e de abstenções, doravante denominados de votos insubsistentes⁴⁹⁵, do que resulta o montante de 74,07% de votos válidos. Em nosso povoado imaginário de 1000 eleitores, restariam 740 votos válidos. Como o montante de votos nulos decorrentes de manifestação apolítica não ultrapassou 50% da totalidade dos votos, inviável falar-se em renovação das eleições.

De posse do número de votos válidos, será necessária a realização de novos cálculos para verificar se a nulidade dos votos dados a candidato[s] com registro[s] indeferido[s] não supera 50% [dos votos válidos]⁴⁹⁶. Suponhamos que em nosso povoado, seis cidadãos concorreram às eleições para gestor municipal. O candidato mais votado, cujo registro de candidatura estava indeferido *sub judice*, obteve 40% dos votos válidos; as votações dos demais candidatos, todos com registro de candidatura deferido, foram de 25%, 20%, 7%, 5% e 3% da votação válida.

Conforme a decisão tomada pelo TSE não seria possível a renovação das eleições, na medida em que menos de 50% dos votos válidos seria nulos. Ainda nos termos da mesma decisão, o candidato que obteve 25% dos votos válidos, com registro deferido, será diplomado e exercerá o mandato

⁴⁹³ Somatório dos seguintes valores: 18,21% de abstenção; 2,56% de votos em branco; e 4,50% de votos nulos.

⁴⁹⁴ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2010/estatisticas>>. Acesso em: 17/10/2016.

⁴⁹⁵ Diz-se “insubsistentes” sob a ótica de que a manifestação destes eleitores não tem qualquer influência no processo eleitoral. Não se está com isso a dizer que a abstenção tenha a mesma natureza jurídica do voto nulo por manifestação apolítica. Todavia, nada obstante sejam categorias diversas (ou “grandezas ontologicamente distintas”), em ambos os casos percebe-se a característica comum do inconformismo ou da indiferença do eleitorado com as opções em que poderá depositar seu voto ou, pelo menos, o desprestígio do processo eleitoral, a denotar certa falta de esperança com as estruturas postas.

⁴⁹⁶ É importante lembrar que o percentual da nulidade por manifestação apolítica e da nulidade decorrente de indeferimento de registro de candidatura utiliza parâmetros diferentes. Naquele caso, utiliza-se a totalidade de votos (denominado nas estatísticas de “Qt Aptos” - leia-se conjunto total de eleitores aptos a votar) ao passo que neste caso utiliza-se como parâmetro o número de votos válidos, obtido da subtração das abstenções, dos votos nulos e dos votos em branco da totalidade de votos. A relação apresentada daqui em diante entre o percentual de votos nulos pela aplicação do art. 175, §3º, do CE e a totalidade de votos da circunscrição eleitoral tem como finalidade demonstrar a relação inversamente proporcional entre esta nulidade e a representatividade/legitimidade de algum candidato.

enquanto não sobrevier eventual decisão de concessão de registro de candidatura ao candidato mais votado.

A solução parece simples: caso a nulidade com fundamento no art. 175, §3º, do CE não ultrapassar a metade dos votos válidos, diploma-se e se empossa o candidato com registro deferido que obtiver a maior votação, ainda que este não tenha vencido a eleição. A questão, porém, merece alguma reflexão mais detida.

Em rápida análise dir-se-ia que na situação descrita no parágrafo antecedente o processo eleitoral teria transcorrido de forma absolutamente regular e que o resultado da eleição seria não mais que o produto da vontade do eleitorado. A utilização do verbo no futuro do pretérito, no caso, não se deve a mau uso do vernáculo, mas ao fato de que uma análise um pouco mais profunda da situação tende a afastar a presunção exposta.

A segmentação das nulidades eleitorais em categorias torna irrelevante juridicamente vícios, que, no conjunto, demonstram a fragilidade do processo eleitoral e questionam a representatividade e legitimidade do mandatário diplomado e empossado.

Em nosso exemplo hipotético acima descrito, além de 25,92% dos votos serem insubsistentes, outros 29,63% dos votos são nulos por terem sido dados a candidato com registro indeferido⁴⁹⁷. Do somatório de ambos os percentuais, tem-se que 55,55% do eleitorado não teve voz no processo eleitoral, o que representa em nosso povoado hipotético 555 eleitores de um total de 1000. Parece um tanto quanto difícil falar-se em representatividade e legitimidade quando mais da metade da comunidade que elege o representante não produz influência alguma no resultado da eleição.

A argumentação de que o elevado percentual de 55,55% seria motivado única e exclusivamente pelo fato de que o candidato com registro indeferido fez uma votação muito significativa não é defensável. Isso pode ser facilmente demonstrado pela realização da operação matemática de forma inversa.

Tendo como ponto de partida o percentual de votos válidos em

⁴⁹⁷ Este percentual é obtido pela multiplicação da votação de candidato[s] com registro indeferido[s], que no caso é 40%, por 0,7408 (obtido da subtração dos votos insubsistentes do total de votos do conjunto).

comparação ao total de votos, se a nulidade dos votos dados a candidato[s] com registro[s] indeferido[s] ultrapassar o montante de 32,05% dos votos válidos, tem-se que mais da metade dos eleitores estaria alijado das decisões da coletividade⁴⁹⁸.

A matemática não permite que sejamos iludidos: considerados os percentuais históricos de votos insubsistentes, se pouco mais de um quarto dos votos válidos forem dados a candidatos com registro indeferido, mais da metade do corpo eleitoral não terá tido influência alguma na escolha do representante.

Não se quer com isso dizer que abstenção, voto nulo por manifestação apolítica, voto nulo por força do art. 175, §3º, do Código Eleitoral e voto nulo por abuso de poder econômico ou desvio ou abuso de poder de autoridade (art. 237 do CE) sejam a mesma coisa. Como, aliás, dito pelo Ministro Carlos Ayres Britto são “grandezas ontologicamente distintas”⁴⁹⁹.

O que se pondera, porém, é que a interpretação das normas do processo eleitoral não pode estar dissociada do modelo de democracia previsto em nossa Constituição Federal.

Nada obstante o art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88 disponha que o povo é o titular do poder de todo poder, cujo exercício dar-se-á direta ou indiretamente por ele, a análise dos demais dispositivos constitucionais e legais autoriza a conclusão de que a participação popular, quando franqueada, é nitidamente instrutória ou instrumental: a decisão final permanece na mão dos representantes.

Veja-se, por exemplo, alguns dos mais importantes instrumentos de participação popular: o referendo e a iniciativa popular (art. 14, incs. II e III, da CRFB/88)⁵⁰⁰.

Por meio do referendo, admite-se a submissão ao voto popular de algum ato administrativo ou legislativo, após a sua prática, para decidir se a

⁴⁹⁸ O percentual de 32,05% é obtido pela seguinte fórmula “ $24,08 = (x \cdot 74,08) / 100$ ”, onde: a) 24,08 representa a diferença entre metade do total de votos e o percentual de votos insubsistentes; b) 74,08 representa a diferença entre a totalidade de votos e o percentual de votos insubsistentes; e c) 100 representa a totalidade de votos.

⁴⁹⁹ Ibidem. p. 19.

⁵⁰⁰ Esses instrumentos foram citados a título meramente exemplificativo. A CRFB/88 prevê uma série de outros instrumentos de participação popular, como, por exemplo, aqueles previstos nos arts. 10, 18, 31, §3º, 37, §3º, 74, §2º, entre outros.

população ratifica-o ou o rejeita (art. 2º, §2º, da Lei 9709/98). A se pontuar, todavia, que a decisão popular no referendo não produz efeitos vinculantes.

Toma-se como exemplo o plebiscito sobre o “Estatuto do Desarmamento”, em que o povo foi consultado sobre a proibição do comércio de armas de fogo e munição em todo o território nacional (art. 35 da Lei 10.826/2003). Na ocasião, mais de cinquenta e nove milhões de eleitores manifestaram-se contrariamente à lei aprovada, que representavam 63,94% dos votos válidos. Favorável à proibição, trinta e três milhões de eleitores, que representavam os restantes 36,06% dos votos válidos.⁵⁰¹

Em que pese a maciça votação contrária à mencionada proibição, o efeito prático da consulta foi nenhum, visto que foi mantida a proibição do comércio de armas de fogo. A participação popular no referendo é direta, mas a falta de cogência da decisão popular enfraquece o instrumento.

Já por meio da iniciativa popular é possível que parcela da população mobilize-se e apresente ao parlamento projeto de lei que seja de seu interesse. Em âmbito municipal, admite-se a iniciativa popular de “*projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado*” (art. 29, inc. XIII, da CRFB/88). Já na seara federal, conforme previsto no art. 61, §2º, da CRFB/88 exige-se que o projeto seja subscrito por, ao menos, “*um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles*”.

Neste caso, a apresentação do projeto de iniciativa popular é apenas uma forma de estimular o debate parlamentar em torno de alguma temática que a população considera oportuna. Não há qualquer espécie de vinculação do parlamento no tocante à deliberação da matéria, muito menos à questão meritória a ela subjacente: nada obsta que o projeto de iniciativa popular jamais seja pautado ou, se o for, seja totalmente desfigurado ou inclusive rejeitado.

Nota-se que a população fornece subsídios, manifesta sua opinião, apresenta propostas e reclamações, mas a decisão final segue na mão dos representantes. A adesão ao clamor popular pelos representantes, no caso,

⁵⁰¹ CANNES, Michèle. **Números finais do referendo mostram vitória do "Não" com mais de 59 milhões de votos.** Out. 2005.

decorre mais de questões morais ou pressão popular do que possibilidade de sofrerem alguma sanção jurídica ou política imediata: a desfiliação do representante aos ideais dos representados é passível de controle político, cujo momento correto são as próximas eleições.

Como se percebe, conquanto o poder emane do povo, a decisão final sobre a medida a ser adotado foi retirada da coletividade e transferida aos que a representam. A consequência natural é a necessidade de se reforçar o vínculo existente entre estas partes, sob pena de se perder a própria racionalidade inerente à democracia representativa. Afinal, como bem lembra a doutrina, *“a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou, indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”*⁵⁰².

Norberto Bobbio leciona que a nota marcante da representação política *“está na ‘responsabilidade’ periódica a que estão sujeitos os atos políticos em competição (os partidos)”*, a ser aferida *“por todo um conjunto bastante genérico de comportamentos e não por cada ato individual dos atores políticos”*⁵⁰³. Pondera que

os regimes representativos são aqueles regimes que recebem da representação uma caracterização decisiva. A representação, por sua vez, um fenômeno complexo cujo núcleo consiste num processo de escolha dos governantes e de controle de sua ação através de eleições competitivas⁵⁰⁴.

Nesta esteira, vê-se que a representatividade é assegurada pela realização de eleições regulares, livres e periódicas. A sua manutenção decorre da filiação do mandatário eleito às concepções que professou em sua campanha e que são tidas como corretas por seus eleitores.

Não parecem necessários maiores discursos em prol da tese de que só se mantém algo já existente ou conquistado: a manutenção da representatividade pressupõe que o mandatário tenha-a, o que é aferido em um processo eleitoral isento de influências negativas sobre a opinião do eleitor, tal como o acima mencionado. Mais que um instrumento de escolha, nesse processo confere-se legitimidade aqueles que foram escolhidos e se possibilita, em um primeiro momento, presumir que a atuação destes ocorre no interesse dos que o elegeram.

Ao se afirmar que a representação política é uma representação

⁵⁰² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 128.

⁵⁰³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário da Política**. Coord. trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p. 1105.

⁵⁰⁴ Ibidem. p. 1106.

eletiva e que ela representa um “enorme processo de competição” entre partidos para conquista de espaço é imperioso concluir que essa batalha tem fim delimitado: o dia das eleições. O voto é o principal ato do processo eleitoral, instrumento que dá concretude à natureza eletiva da representação política e pelo qual se privilegia a escolha por um ou algum dos partidos no processo de competição⁵⁰⁵.

Se o voto é o principal ato do processo eleitoral, a conquista do voto e, por conseguinte, a eleição de determinada pessoa é pressuposto para que ela exerça algum mandato eletivo: sendo a representação política uma representação eletiva, aquele que não foi eleito simplesmente não estará habilitado para representar grupo algum.

A aprovação do representante nas urnas não se trata de uma mera formalidade burocrática: decorre da necessidade de se obter um mínimo de consenso em torno de determinada plataforma ou figura política. Não parece recomendada a eleição de algum candidato num ambiente político de tal modo plural e conturbado que torne impossível obter a famigerada “governabilidade”. A continuidade do processo eleitoral no segundo turno teria como finalidade viabilizar, ainda que minimamente, a eleição de algum dos candidatos concorrentes.

Essa questão não passou despercebida pelo legislador constituinte. A busca pelo consenso na eleição dos representantes políticos é ressaltada na Constituição em inúmeros dispositivos. Veja-se o §2º do art. 77 que estabelece “*será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos*”. Não obtida a maioria absoluta no primeiro turno, reza o §3º do mesmo artigo que “*far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos*”.

O art. 28, caput, estabelece que a mesma dinâmica aplica-se à eleição dos Governadores dos Estados-membros e o art. 29, II, por sua vez, que se aplica nas eleições municipais em municípios com mais de duzentos mil eleitores. Nas demais municipalidades, será eleito o candidato que fizer a

⁵⁰⁵ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 614.

maioria dos votos válidos no primeiro turno.

Estes dispositivos deixam claro que o constituinte não apenas condicionou a eleição de determinado candidato a sua aprovação na urna, mas exigiu que essa aprovação fosse em determinadas situações qualificadas. A eleição de algum candidato em primeiro turno informa que ele não apenas possui apoio popular mas que possui significativo apoio popular decorrente da obtenção de cinquenta por cento mais um dos eleitores e, em vista disso, seria o legítimo representante da coletividade.

Não verificado este significativo apoio popular, concede-se a sociedade um prazo para que ela reflita acerca de quem quer que a governe e, em segundo turno, confira a algum dos candidatos a maioria absoluta dos votos, vista a própria limitação da concorrência neste pleito. A restrição da competição induz a legitimidade do candidato eleito.

Idealmente, exige o constituinte que o candidato eleito obtenha a maioria absoluta dos votos. Admite, em outras situações, como legítimo aquele que tenha feito a maioria dos votos válidos, ainda que não absoluta. Conquanto não conte com amplo apoio popular, recebeu a chancela do grupo mais representativo ou, pelo menos, aquele que é o mais organizado.

Em ambas as situações, o candidato torna-se o representante por ter obtido a maior votação nas urnas, absoluta ou relativa. Ser eleito pelo povo é um pressuposto para que se discuta representatividade e legitimidade: só pode receber tal qualificação aquele que foi fruto da escolha popular. A escolha popular é um antecedente inafastável para que determinado candidato legitime seu mandato. A discussão do grau de legitimidade, em tese ligada à votação obtida por tal candidato, pressupõe a eleição deste: maior ou menor legitimidade requer, antes, que esta se verifique.

O fato de que o mandato tem como fundamento de validade a escolha popular não quer dizer que esta se torne intocável ou inquestionável pelo sistema de nulidades do processo eleitoral. Conclusão diversa não seria cabível, haja vista que a instituição de um sistema de nulidades tem como finalidade precípua resguardar o regular desenvolvimento do processo

eleitoral⁵⁰⁶.

A questão que se põe não é esta. Não há dúvidas de que a escolha popular não elide eventuais ilegalidades ou nulidades praticadas no processo eleitoral. Não se questiona se essas nulidades ou ilegalidades no processo eleitoral podem impedir a diplomação do candidato eleito sob a pretensa alegação de que o candidato possui representatividade popular, haja vista que a resposta obviamente é afirmativa. O que se questiona é se questões jurídicas poderiam substituir a vontade do eleitor nas urnas e autorizar a diplomação de candidato que não tenha delas retirado sua legitimidade.

Pelo que expusemos acima, não parece haver abertura constitucional para que, por qualquer razão outra que não o voto popular, considere-se legítimo representante candidato que não tenha obtido tal qualificativo nas urnas, ou seja, que não tenha vencido as eleições. Ao exigir a obtenção de significativo percentual de votos (art. 28, caput; 29, II; e 77, §§ 2º e 3º, da CRFB/88) ou a maior votação (art. 29, II, a contrário senso, da CRFB/88), inviabiliza-se que candidato que não preencha esse requisito seja diplomado e investido no cargo.

Se nesta última hipótese impõe-se a realização de um segundo turno com a finalidade de induzir o consenso popular em torno de determinado candidato, não parece possível admitir que determinado candidato que sequer tenha vencido as eleições seja diplomado no cargo por força de questões jurídicas, de natureza instrumental e destinadas a garantir a regularidade do processo que acabam por desvirtuar. Não sendo desejável a diplomação de candidato sobre o qual não paire consenso popular, tanto menos será daquele que sequer foi fruto da escolha do povo.

Imperativa a lembrança de que os objetivos do processo eleitoral são essencialmente dois: a) resguardar o livre e desembaraçado exercício do sufrágio; e b) assegurar a representatividade do regime democrático, possível por meio da eleição daqueles que efetivamente representem e advoguem os interesses da comunidade.

A compreensão do processo eleitoral não como um fim em si mesmo,

⁵⁰⁶ Como bem lembra José Jairo Gomes, “todo o processo eleitoral é organizado com vistas a resguardar a higidez do ato de votar”. GOMES, op. cit. p. 614-615.

tal como um modelo “autopoiético”, mas como um instrumento voltado para atingir determinados e precisos fins deve orientar a interpretação dos dispositivos legais a ele atinente. O art. 224 do CE não autoriza que o intérprete faça ressalvas quanto aos votos que podem ser somados para fins de renovação das eleições. Limita-se a estabelecer que “*se a nulidade atingir a mais de metade dos votos [...] julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição [...]*”.

Com o devido respeito à decisão do TSE, não parece possível a compartimentação das nulidades em categorias e a interpretação do dispositivo legal de modo que a renovação das eleições somente ocorra se alguma categoria, isoladamente, ultrapassar mais da metade dos votos válidos. A falta de previsão legal que o autorize e a colisão com o modelo de democracia previsto em nossa Constituição Federal parece bastante para não se admiti-la.

Na defesa da interpretação feita pelo TSE, o Ministro Marcelo Ribeiro pontuou ser “*sempre boa a interpretação que dê mais efetividade à eleição. Essa soma levaria a que se anulassem mais eleições, também*”⁵⁰⁷. Esse argumento, eminentemente consequencialista, seria defensável se efetividade da eleição tivesse como contraponto anulação das eleições.

Data vênia, não soa razoável relacionar a efetividade das eleições com a não anulação destas. A efetividade das eleições está direta e intrinsecamente relacionada com o alcance das já mencionadas finalidades do processo eleitoral, notadamente a garantia do direito de sufrágio e de que o candidato eleito seja tido como legítimo pelo conjunto de eleitores.

De fato, segmentar as nulidades em categorias reduz sensivelmente o número de eleições a serem anuladas, como bem ressaltado pelo Ministro. O inconveniente é o preço a ser pago para tanto: à custa da efetividade do voto e da representatividade do mandatário eletivo. Quanto mais se divide os votos nulos em categorias tanto mais difícil será que alguma delas, por si só, atinja o percentual de renovação das eleições.

A suposta irrelevância dos votos nulos de cada uma dessas categorias, consideradas individualmente, pode mascarar o impacto que elas

⁵⁰⁷ Tribunal Superior Eleitoral, op. cit. p. 31.

causam se observadas no conjunto. Adotado o parâmetro histórico de votos insubsistentes acima mencionado (25,92%), a realização de novas eleições somente ocorrerá quando ao menos 62,96%⁵⁰⁸ da comunidade não tiver influência alguma no processo eleitoral, o que parece destoante com um sistema que afirma a obrigatoriedade do voto⁵⁰⁹ e pune aqueles que não cumprem seu dever cívico⁵¹⁰.

Veja-se que numa eventual situação hipotética em que 49% dos votos inicialmente válidos sejam anulados por aplicação do art. 175, §3º, do CE, formalmente o processo eleitoral será válido e terá cumprido seu objetivo, ainda que mais de 60% do eleitorado local não o tenha influenciado de qualquer forma.

Da impossibilidade de se concretizar uma democracia direta exige-se o reforço dos institutos que caracterizam a democracia indireta, notadamente a concepção da figura do governante como representante dos interesses da coletividade. O elo de representatividade que os une tem como fundamento a eleição. Propícia a afirmação de Norberto Bobbio, no sentido de que a representação nada mais é que *“um fenômeno complexo cujo núcleo consiste num processo de escolha dos governantes e de controle de sua ação através de eleições competitivas”*⁵¹¹.

Assim sendo, não parece que um processo eleitoral desenvolvido tal como o acima descrito atenda aos anseios das normas constitucionais. Soa no mínimo contraditório afirmar que a titularidade do poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88) e, concomitantemente, admitir como válida interpretação da legislação eleitoral que chancela a regularidade de processo eleitoral que prescindida da manifestação da maioria absoluta do povo na escolha dos representantes que atuarão em seu nome.

Como poderia o mesmo modelo constitucional que condiciona a eleição em primeiro turno à conquista dos votos de, pelo menos, a maioria absoluta do eleitorado permitir interpretação da legislação que considere

⁵⁰⁸ Como a totalidade de votos válidos representa 74,08% dos votos totais, cinquenta por cento disso representa 37,04%, que, somados aos votos insubsistentes (25,92% do total), dão-nos o número de 62,92% dos votos totais como irrelevantes para as eleições.

⁵⁰⁹ Art. 14, §1º, I, da CRFB/88.

⁵¹⁰ Art. 7º da Lei 4737/1965.

⁵¹¹ BOBBIO, op. cit. p. 1106.

regular processo eleitoral em que o voto de percentual da população maior do que aquele seja simplesmente desconsiderado? Não é demais lembrar, como já dissemos, que a regularidade do procedimento eleitoral legitima as eleições e o exercício do poder político pelo mandatário eleito⁵¹².

Não parece, na situação exposta, que exista a querida e necessária legitimidade para o exercício do mandato eletivo. Por tal razão, ainda que se possa admitir certa racionalidade na interpretação dada pelo TSE ao art. 224 do Código Eleitoral sob o prisma consequencialista (evitar a anulação das eleições), esta interpretação não encontra amparo legal nem se mostra adequada ao modelo constitucional de aquisição do poder político, além de ser potencialmente colidente com a concepção de soberania popular e a noção de que o representante retira sua legitimidade da chancela da comunidade que governará.

Além disto, a questão merece análise ainda mais detida ainda mais detida na medida em que também neste PA reafirmou-se o entendimento jurisprudencial pela admissibilidade da diplomação do candidato com registro deferido que obtiver a maior votação válida.

Essa situação pode ser desmembrada em duas: a) na primeira o candidato mais votado na eleição teve seu registro de candidatura deferido e alguns outros candidatos estavam com registros indeferidos; e b) na segunda, o candidato mais votado na eleição e, eventualmente, outro[s] candidato[s], estava[m] com registro[s] indeferido[s], limitados os votos anulados ao percentual de 50% em ambas as situações.

A previsão contida na letra 'a' parece ser menos grave. Neste caso ao menos o candidato escolhido pela população será aquele que efetivamente assumirá a chefia provinciana. Hipótese absolutamente diversa, e chancelada pelo TSE, é aquela descrita na letra 'b', em que se diploma e empossa candidato que sequer foi o mais votado nas eleições.

Como dito logo acima, o só fato de se admitir que as nulidades sejam isoladamente consideradas para fins da incidência do art. 224 do CE já fragiliza a noção de legitimidade e representatividade exigida do mandatário eletivo e que fundamentam a noção de governo representativo.

⁵¹² GOMES, op. cit. p. 614.

A admissibilidade de diplomação de candidato que não foi o mais votado, ou seja, que não foi eleito pela coletividade, é ainda mais grave, na medida em que sequer é possível falar em “grau” de legitimidade, pois nem legitimidade há: o mandatário não é produto da soberania popular.

Tal como destacado pelo Ministro Ayres Britto a realização de nova eleição quando ocorrida a situação prevista no art. 224 do CE teria como finalidade conciliar o “*princípio da soberania popular com o critério de majoritariedade que é inerente à democracia*”⁵¹³. Entendeu o Ministro que a diplomação de qualquer candidato na mencionada hipótese desrespeitaria os princípios da soberania popular e da majoritariedade. Indaga-se se a diplomação de candidato que não venceu as eleições respeitaria tais princípios?

A resposta a ambas as perguntas é simples: não. Viola o princípio da soberania popular, pois o candidato diplomado e empossado não retira sua legitimidade das urnas. Igualmente afronta o princípio da majoritariedade, na medida em que o candidato diplomado não foi o representante escolhido pela comunidade para representá-la. A viabilidade de tal mandato é produto da operacionalização de um complexo sistema de nulidades, fruto de interpretação de questionável constitucionalidade por violação aos citados princípios, consagrados e adotados por nossa Constituição para definição dos mandatários eletivos.

Durante toda a argumentação do Processo Administrativo em análise inúmeras foram as vezes em que os Ministros lembraram que o processo eleitoral é formado por fases sucessivas e encadeadas: só será diplomado aquele que possui registro e só pode ser empossado aquele que recebeu o diploma.

Aparentemente descuidou-se na análise, porém, de um elemento que está longe de ser accidental. O protagonista do processo eleitoral é o eleitor e o principal ato nele praticado é o voto: o eleitor escolhe e o voto formaliza a escolha. Se não há posse sem diplomação e não há diplomação sem registro, e não há, muito menos há diplomação sem eleição. Apenas um candidato é eleito: viabilizar a diplomação e posse de algum candidato por

⁵¹³ Tribunal Superior Eleitoral, op. cit. p. 21.

qualquer outro motivo que não a escolha popular é apenas mais um fator que contribui para o desprestígio das eleições perante o eleitorado, não bastasse já os problemas advindos do sistema proporcional.

A leitura das 78 páginas do processo administrativo evidencia que as duas questões fundamentais objeto da consulta, objeto de análise neste trabalho, foram sumariamente debatidas enquanto questões acessórias foram objeto de profundas discussões, tal como o momento a partir do qual a decisão confirmatória de registro produziria seus efeitos.

Deve-se anotar que admitir a diplomação do candidato que não tenha sido o mais votado não é algo trivial, seja pela inexistência de previsão legal que o autorize e, especialmente, pelo fato de que essa decisão não faz muito sentido aos olhos do eleitor, protagonista e destinatário final do produto deste processo. O pensamento do eleitor é de certo modo lógico: “meu candidato estava na urna; votei nele; ele venceu as eleições; outro candidato foi diplomado, empossado e está exercendo o mandato eletivo. Como assim?”.

Eleição importa escolha e tem como finalidade legitimar o eleito perante aqueles que participaram do processo eleitoral. Legitimidade, tal como pontuado por Norberto Bobbio, nada mais é que um grau de consenso tal que seja capaz de substituir a necessidade de uso da força pela adesão voluntária da população em prol de alguma causa⁵¹⁴. Legítimo, pois, é o candidato que aparece no topo da apuração eleitoral, que foi eleito pela população; aquele cuja adesão popular será facilitada justamente porque entre ambos há um elo de representatividade.

Não parece que faça muito sentido ao eleitor a explicação seguinte: “efetivamente o candidato do Senhor foi o mais votado nas eleições, mas, como nenhuma das categorias de nulidade alcançou o patamar legal e o seu candidato não teve deferido o pedido registro de candidatura, o seu candidato não será diplomado nem será realizada nova eleição. Em situações tais, o entendimento jurisprudencial determina a diplomação do candidato mais votado com registro deferido”.

A resposta do eleitor, em ato reflexo, tende a ser a seguinte: “não entendi muito bem esse negócio de nulidade, mas se não for para diplomar o

⁵¹⁴ BOBBIO, op. cit. p. 1102.

candidato mais votado, não diploma ninguém e faz outra eleição. Eleito é só um”.

Não se quer com isto defender que a vitória na eleição sirva como corretivo para nulidades e que o candidato mais votado deva, necessariamente, ser diplomado e empossado, como já se disse. O que se quer evitar é que o risco das eleições seja transferido ao eleitor.

O art. 16-A da Lei das Eleições afirma que o candidato com registro indeferido poderá efetuar todos os atos da campanha, mas a validade dos seus votos estará condicionada ao deferimento do registro em instância superior. Que o candidato participe das eleições “por sua conta e risco” é plenamente admissível, afinal o risco foi por ele criado e era por ele conhecido.

Diversa é a situação do eleitor comum, para quem o só fato de a foto do candidato estar presente na urna seria um atesto de que a sua candidatura é viável. Presumir que o eleitor ao votar em determinado candidato saiba da sua situação registral e da possibilidade de que outro candidato possa assumir o mandato, ainda que não tenha sido o mais votado, parece uma visão um tanto otimista da realidade, para dizer o mínimo.

Conclusão

O passado é indelével e irrefutável: o que feito foi, feito está. Ainda que se diga que o tempo cura todos os males, aquilo que nasce com a pecha da nulidade jamais perderá esse rótulo. A decisão de negativa do registro marca a inviabilidade da candidatura e, por conseguinte, torna nulos os votos dados ao candidato.

Não se poderá alegar a irrelevância de vícios congênitos sob a sedutora argumentação de se blindar a escolha popular. Entendimento contrário importaria na concessão de uma “carta de alforria” ao candidato eleito, de forma a não apenas apagar eventuais vícios e erros que tenha cometido na campanha, bem como, possivelmente, estimulá-lo a cometê-los, na vã esperança de ser eleito e de que eles sejam perdoados.

Ganhar a eleição não ilide o passado. Conquanto o povo seja o

personagem em torno do qual o processo eleitoral gravita, a vontade popular não é idônea para convalidar ou legitimar o inválido: a invalidade impõe-se, a bem do próprio processo eleitoral.

Isso, todavia, não retira do voto a sua característica de ser o principal ato do processo eleitoral: apenas autoriza que a escolha popular seja mitigada pontualmente com o objetivo de tutelar situações específicas, como, por exemplo, o próprio exercício desimpedido do ato de votar: sabendo-se que em alguma zona eleitoral foram praticados atos típicos de um sistema coronelista para coagir os eleitores a votar em determinado candidato, nada mais natural do que anular os votos dados naquela zona, a teor do art. 222 do Código Eleitoral.

Há uma distância considerável entre admitir que o voto sofra mitigações tópicas e consentir que o processo eleitoral chamele candidatos eleitos com representatividade duvidosa ou, o que é pior, que sequer retirem sua legitimidade das urnas.

Como matematicamente demonstrado, a segmentação das nulidades em categorias torna a renovação das eleições um fenômeno de difícil ocorrência e legitima a assunção de mandatários eletivos escolhidos em um processo eleitoral que desprestigia a opinião de parcela considerável do eleitorado. Soa ilógico admitir como regular o processo eleitoral em que se exige a participação popular, dada a obrigatoriedade do voto, mas se admite que a parcela de votos inválidos supera o de votos válidos⁵¹⁵.

Há uma relação inversamente proporcional entre a segmentação das nulidades e a possível representatividade do eleito: quanto mais categorias de nulidade admitirmos, menor será a representação exigida para que determinado candidato assuma o cargo eletivo. Como explicamos, admitida a

⁵¹⁵ No começo do debate, pareceu que o Ministro Arnaldo Versiani aderiria a este tese, como pode ser visto do seguinte trecho: *“Suponhamos que, em determinado município, houve, entre votos brancos e nulos, o percentual de 15%. Se um candidato a prefeito teve votação de 40% e teve o registro indeferido, esses percentuais seriam somados, resultando em 55%, e, a teor da resposta da relatora, nesse caso, não se realizariam novas eleições* (Tribunal Superior eleitoral, op. cit., p. 8). Todavia, em seu voto entendeu que os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica não se somariam com aqueles decorrentes de registro de candidatura (Tribunal Superior eleitoral, op. cit., p. 15), ainda que não tenha declinado os motivos que o fizeram mudar de entendimento.

existência de duas categorias de nulidades⁵¹⁶, dada a média histórica daquilo que denominamos de votos insubsistentes, é possível que determinado candidato seja eleito mesmo que 62,96% do eleitorado não tenha influenciado de forma alguma o processo eleitoral⁵¹⁷. Se admitirmos que existem três categorias de nulidade⁵¹⁸, esse percentual torna-se ainda maior⁵¹⁹.

Além de a segmentação de nulidades admitir que candidatos com duvidosamente representatividade assumam o mandato eletivo ela viabiliza a assunção do mandato por candidatos que sequer receberam o aval das urnas para esse fim, o que é ainda pior. A oportunidade para que isso ocorra é observada justamente nas situações em que o candidato mais votado concorre com registro de candidatura indeferido sub judice e nenhuma das categorias de nulidade alcança o percentual que admitiria a renovação das eleições.

A naturalidade com que se admite que candidato que não tenha sido o mais votado seja diplomado e empossado causa um certo espanto ao observador externo. Se a finalidade de toda eleição é eleger alguém para alguma função, o exercício desta função pressupõe que aquela pessoa seja eleita para tal incumbência. Do contrário, sequer haveria motivo algum para que fossem realizadas as eleições⁵²⁰.

⁵¹⁶ A dos votos nulos por manifestação apolítica (natinulos) e a dos votos nulos em razão de inelegibilidade ou negativa de registro (votos anuláveis)

⁵¹⁷ A título meramente comparativo, cita-se matéria publicada na edição portuguesa do Jornal Alemão Deutsche Welle, em que se questiona o sistema eleitoral alemão em razão de 15% dos votos terem ido para o "lixo". W *AGENER, Volker. Após 15% dos votos irem para o lixo, alemães questionam sistema eleitoral. Set. 2013.*

⁵¹⁸ A existência de três categorias de nulidade está longe de ser algo inconcebível e hipotético. Veja-se que em seu voto o Ministro Eros Roberto Grau indicou a existência de três categorias de nulidades que não se confundiriam: (a) candidato com registro indeferido, (b) da manifestação apolítica e (c) da captação ilícita de sufrágio, do abuso de poder ou da prática de condutas vedadas (Tribunal Superior eleitoral, op. cit., p. 44). A categoria prevista na letra 'c' comportaria a nulidade decorrente de incidência dos arts. 30-A, 41-A e 73 a 77 da LE, de comum ocorrência na rotina eleitoral.

⁵¹⁹ Para ser mais exato, o percentual seria de 81,48%, obtido da seguinte equação: $((100-62,96) / 2) + 62,96\%$; onde 100 representa o conjunto de eleitores aptos a votar; 62,96 representa a soma dos votos insubsistentes com o percentual de votos nulos ocasionados pela incidência do art. 175, §3º, do CE, sem que se determine a renovação das eleições; a divisão por dois visa à obtenção da metade dos votos do grupo restante, também de forma a não atingir o percentual de renovação das eleições. A se admitir três categorias de nulidade, na mais extrema hipótese, em que 49% dos votos seriam nulos pela incidência do art. 175, §3, do CE e outros 49% seriam nulos pela incidência dos arts. 30-A, 41-A ou 73 a 77 da LE, como aventado pelo Ministro Eros Grau, ter-se-ia que admitir como regular um processo eleitoral em que a opinião de mais de 80% do eleitorado não influenciou de forma alguma na escolha do governante.

⁵²⁰ Cabe lembrar que já se disse que a representação política exige a presença de instrumentos de controle dos representantes pelos representados. O principal instrumento de controle dessa

Sob o ponto de vista da legislação infraconstitucional, o entendimento do TSE é admissível. A interpretação conjunta dos arts. 175, §3º, e 224 do Código Eleitoral inclusive a autoriza. Nulos os votos dados a candidatos sem registro, não sendo hipótese de renovação das eleições, declara-se a validade do pleito e se diploma o candidato com registro deferido que obtiver o maior número de votos.

A questão é que esta interpretação não resiste a uma análise sumária de adequação com o modelo constitucional de democracia que temos. Exigir que determinado candidato obtenha a maioria absoluta dos votos para que seja considerado eleito em primeiro turno é um atestado cabal de que a Constituição condiciona o exercício de alguns mandatos eletivos à prévia chancela popular. Não tendo amplo apoio popular, tem-se o segundo turno para que o consenso forme-se em torno de um dos candidatos.

Se a Constituição não se contenta com pouca representatividade, muito menos admitirá o exercício de mandatário eletivo que sequer foi escolhido pelo povo, sem representatividade alguma: tornou-se a escolha popular em razão de detalhes jurídicos inerentes ao processo de escolha. Em suma, não ascendeu ao cargo eletivo pelo voto popular, mas por aspectos jurídicos que tinham como finalidade precípua garantir a regularidade do próprio processo eleitoral. Em tempos nos quais se fala em princípio da finalidade e em instrumentalidade das formas, autorizou-se a sobreposição da forma à matéria.

Que esse processo eleitoral seja característico de um Estado de Direito parece-nos bastante aceitável na medida em que respeita a lei. Todavia, admiti-lo como consentâneo a um Estado Democrático de Direito é um tanto quanto difícil, visto que ele apenas respeita a lei e isso não é o bastante.

O processo eleitoral representa não mais que a formalização de um processo de escolha: o povo escolhe quem o governará. A escolha popular por um candidato não impossibilita que o Poder Judiciário analise a viabilidade ou regularidade de sua candidatura. O que não se admite, porém,

representação seriam as eleições periódicas para renovação ou alteração dos representantes, razão pela qual diz-se que “a representação política pode definir-se então como uma representação eletiva”. BOBBIO, op. cit. p. 1104.

é que esta análise viabilize a diplomação de outro candidato, que não o mais votado pela população. Neste caso, mais lógico seria repetir as eleições e possibilitar que o povo, titular único do poder, eleja aquele que será seu representante.

Buscou-se no presente trabalho fazer uma análise da decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral no Processo Administrativo nº 20159. Ainda que essa decisão não tenha sido inédita e originária e seja formalmente legais, parece-nos que faltou à Corte Eleitoral analisar a questão sob o prisma da norma constitucional.

A inserção de elementos caros à nossa carta política na discussão, tal como a representatividade e a legitimidade que se exige de todo mandatário eletivo, possivelmente redundaria em posicionamentos diversos daqueles que prevaleceram.

Referências

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário da Política**. Coord. trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF, 19 jul. 1965 e 30 jul. 1965 (retificação). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF, 1º out. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 22 out.

2016.

_____. Lei no 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.. Brasília, DF, 19 nov. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9709.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Processo Administrativo nº 20.159**, relatora Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2008.

CANNES, Michèlle. **Números finais do referendo mostram vitória do "Não" com mais de 59 milhões de votos**. Out. 2005. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2005-10-25/numeros-finais-do-referendo-mostram-vitoria-do-nao-com-mais-de-59-milhoes-de-votos>>. Acesso em: 24 set. 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

WAGENER, Volker. **Após 15% dos votos irem para o lixo, alemães questionam sistema eleitoral**. Set. 2013. Disponível em: <<http://dw.com/p/19onp> >. Acesso em: 26 out. 2016.

A RESCINDIBILIDADE PARCIAL E O PRAZO DECADENCIAL PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA E DA COISA JULGADA PROGRESSIVA

Ricardo Martins Junior

SUMÁRIO

Introdução; 1. A ação rescisória no direito brasileiro; 2. A formação da coisa julgada no ordenamento pátrio; 3. A jurisprudência dos tribunais superiores na vigência do Código de Processo Civil de 1973; 4. Rescindibilidade parcial, teoria dos capítulos de sentença e coisa julgada progressiva no Novo Código de Processo Civil; Conclusão; Referências.

RESUMO

No presente artigo, investiga-se, em suma, a possibilidade de rescisão das parcelas de sentença alcançadas pela coisa julgada no transcurso do processo, bem como o modo de contagem do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória nesse caso. Tais questões são desveladas sob a ótica da teoria dos capítulos de sentença e, conseqüentemente, do fenômeno da coisa julgada progressiva ou parcial. Analisa-se, ainda, a manifesta divergência instaurada no âmbito dos tribunais superiores na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Por derradeiro, a problemática é explorada à luz do Código de Processo Civil de 2015, ocasião em que são examinadas as soluções e os novos embaraços trazidos pelo diploma.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Rescisória. Capítulos de Sentença. Prazo decadencial. Coisa Julgada Progressiva. Divergência Jurisprudencial. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The present paper aims at investigating the possibility of rescinding parts of the sentence covered by res judicata throughout the judicial proceeding, as well as the deadline counting of the statute of limitation in order to present the rescissory action. Such questions are revealed under the optics of the Chapters of Sentence Theory and, consequently, the phenomenon of progressive or partial res judicata. Also, the paper analyzes the patent divergence installed within the higher courts while the 1973 Code of Civil Procedure was in force. At last, the problematic is explored under the perspective of the 2015 Code of Civil Procedure, occasion in which the solutions and the new entanglements brought by the Civil Codex are examined.

KEY WORDS: Rescissory Action. Chapters of sentence. Statute of limitation.

INTRODUÇÃO

Sempre se aventou, no direito pátrio, a possibilidade de rescisão individual e imediata dos capítulos de sentença cobertos pela coisa julgada. Perspectiva essa que decorre da suposta recepção da teoria dos capítulos de sentença pelo ordenamento brasileiro, bem como da aceitação de um dos efeitos basilares da teoria, qual seja, permitir a formação da coisa julgada progressiva ou por capítulos.

Nesse quadro, observa-se, ainda que perfunctoriamente, que a doutrina tratou de abraçar a teoria dos capítulos de sentença, refletindo de forma acurada sobre os reflexos da teoria na constituição da coisa julgada, assim como na sua eventual desconstituição por meio de ação rescisória.

Sem embargo, no âmbito dos tribunais, sob a égide do revogado Código de Processo Civil de 1973, a ratificação da teoria dos capítulos de sentença, com a aceitação de seus reflexos no trato da ação rescisória, mostrou-se demasiada complexa. De um lado, prestigiou-se o ideal de unicidade e indivisibilidade da decisão judicial, afastando-se, conseqüentemente, a rescindibilidade parcial em função da presumida inviabilidade de fracionamento da coisa julgada. De outro lado, com rigor teórico-doutrinário, fixou-se que os capítulos autônomos da decisão não atacados por meio de recurso são cobertos desde já pela coisa julgada, o que, inclusive, faz transcorrer imediatamente o biênio decadencial para a propositura da ação rescisória.

Outrossim, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a discussão ganhou novo fôlego. É que, numa primeira análise, constata-se que o novo diploma processual prestigiou a teoria dos capítulos de sentença, consoante se verifica nas diversas disposições espalhadas pelo código. Todavia, relativamente à ação rescisória, embora prevendo de forma inovadora - no plano legal - a rescisão parcial, o Novo Código estabeleceu o que prazo decadencial para seu ajuizamento somente se inicia após a última decisão proferida no processo.

Por tudo, quer-se, no presente artigo, investigar em que medida a

formação da coisa julgada progressiva em virtude da aderência à teoria dos capítulos de sentença contribui para a aceitação da rescindibilidade parcial de decisões meritórias. Pretende-se, ainda, compreender a real significação das disposições relativas à rescisória parcial, especialmente aqueles que dizem respeito ao prazo decadencial para o ajuizamento da demanda.

Para isso, primeiramente, ainda que de forma sucinta, serão apresentados os aspectos gerais concernentes à ação rescisória no direito brasileiro, tais como: conceito, natureza jurídica, objeto e competência para apreciação.

Em seguida, serão tecidas considerações acerca da formação da coisa julgada sob a ótica da teoria dos capítulos de sentença, destacando-se, especificamente, a ideia de coisa julgada progressiva e rescindibilidade parcial. Tais premissas serão cotejadas analiticamente com o que a jurisprudência, até então, tem entendido sobre o tema.

Por derradeiro, o Novo Código de Processo Civil será inserido na discussão, ocasião em que se verificará, sempre de forma crítica, as resoluções apresentadas, assim como os novos impasses criados pelo diploma.

1 – A AÇÃO RESCISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

A ação rescisória, conforme leciona a doutrina especializada, é aquela ação “por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada”⁵²¹. Trata-se de demanda autônoma de impugnação, que não se confunde com os recursos justamente por atacar decisão já sob o efeito da *res iudicata*, instaurando, assim, uma relação jurídica processual nova⁵²².

Nesse sentido, acentua Pontes de Miranda que:

A concepção da ação rescisória como ação, e não como recurso, permite o prazo após a coisa julgada formal e sem as limitações temporais dos recursos. O que mais importa para o direito é a segurança dos seus fins (cp. nosso *Rechtswissenschaft*, 17, 1-9). A ação rescisória visa à correção do julgado quando há, ou já há, incorrigibilidade⁵²³.

⁵²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil vol V*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 99.

⁵²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2007. p. 39.

⁵²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 135

Não é outro o magistério de Nelson Nery Junior, segundo o qual a rescisória é a “ação autônoma de impugnação de natureza constitutiva negativa quanto ao juízo rescindendo, dando ensejo à instauração de outra relação processual distinta daquela em que foi proferida a decisão rescindenda”⁵²⁴.

Almeja a demanda rescisória, pois, não a declaração de inexistência ou nulidade da decisão fustigada, mas sim sua rescisão, o que pressupõe sempre o trânsito em julgado. Portanto, sentença rescindível é aquela “transitada em julgado, que possui vício elencado expressamente em lei e capaz de autorizar sua rescisão”⁵²⁵

José Carlos Barbosa Moreira, quanto ao ponto, ensina que as sentenças de um modo geral podem ser acometidas de diversos vícios, os quais geram consequências processuais diversas:

A sentença desprovida de elemento essencial, como o dispositivo, ou proferida em “processo” a que falte pressuposto de existência, qual seria o instaurado perante órgão não investido de jurisdição, é sentença inexistente, e será declarada tal por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade (e até sem possibilidade) de providência tendente a desconstituí-la: não se desconstitui o que não existe. Mas a sentença pode existir e ser nula, v.g., se julgou *extra petita*. Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se preexclui), a nulidade converte-se em simples rescindibilidade. O defeito, argüível em recurso como motivo de nulidade, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja desconstituída, mediante rescisão⁵²⁶.

Na mesma perspectiva, aliás, enfatiza Pontes de Miranda que:

não há ação rescisória de sentença que pode ser *revogada* ou *reformada*, porque tal sentença falta coisa julgada formal. Nem de sentença inexistente, pois seria rescindir-se o que não é: não se precisaria de desconstituir, bastaria, se interesse sobrevém a alguma alusão a essa sentença, a decisão declarativa de inexistência. Nem de sentença nula, porque se estaria a empregar o menos tendo-se à mão o mais⁵²⁷.

⁵²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil vol. VI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 862.

⁵²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol II. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

⁵²⁶ MOREIRA, op. cit., p. 106.

⁵²⁷ MIRANDA, op. cit., p. 136.

Alexandre Freitas Câmara, semelhantemente, sustenta que, conquanto a coisa julgada tenha o condão de sanar as invalidades processuais, “no momento do trânsito em julgado da sentença surge um novo tipo de vício, a que se chamou rescindibilidade”⁵²⁸. Tal vício somente poderá ser atacado por um remédio jurídico específico: a ação rescisória.

Sem embargo, para que seja admitida e processada a ação rescisória, além da configuração dos pressupostos comuns a qualquer ação e da existência de uma decisão transitada em julgado a ser atacada, faz-se mister estar caracterizada uma ou algumas das hipóteses autorizadoras da rescisão. É que, conforme ensina Pontes de Miranda, “não é a injustiça da sentença, mas a existência de algum daqueles pressupostos que permite, com eficácia final, invocar-se o remédio jurídico que julgue a prestação jurisdicional *apresentada*”⁵²⁹.

Têm legitimidade para propor ação rescisória a parte prejudicada, o terceiro interessado, o Ministério Público Federal ou, ainda, aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção⁵³⁰. No mais, a competência para processar e julgar a ação é originária de tribunal, razão por que - em atribuição que lhes foi outorgada pela própria Constituição Federal⁵³¹ - os tribunais são responsáveis pelo julgamento das ações rescisórias de seus próprios julgados e dos juízes a eles vinculados.

De asseverar-se que, na apreciação da ação rescisória, após a análise dos pressupostos pré-processuais e processuais da própria demanda, o tribunal exercerá dois juízos distintos de mérito: o *iudicium rescindens* e o *iudicium rescissorium*.

No *iudicium rescindens*, o objeto da ação rescisória é a própria decisão rescindenda. Assim, o pedido inicial será julgado procedente “se o tribunal verificar a

⁵²⁸ CÂMARA, op cit., p. 13.

⁵²⁹ MIRANDA, op. cit., p. 90.

⁵³⁰ BRASIL. Lei 13.105/2015. Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória: I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; II - o terceiro juridicamente interessado; III - o Ministério Público: a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção; b) quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei; c) em outros casos em que se imponha sua atuação; IV - aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção. Parágrafo único. Nas hipóteses do art. 178, o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.

⁵³¹ BRASIL. Constituição Federal. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...) e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente (...) b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região.

ocorrência efetiva do fundamento invocado pelo autor para pedir a rescisão⁵³². Tem – a sentença de procedência – natureza eminentemente constitutiva, porquanto cria situação jurídica nova distinta da anterior. O mesmo não se pode dizer, todavia, da decisão que julga improcedente o pedido de rescisão, vez que esta possui natureza declaratória negativa, isto é, “cinge-se a declarar que inexistia o alegado direito (potestativo) à invalidação da sentença”⁵³³.

A procedência no *iudicium rescindens*, se for o caso de novo julgamento, resulta na reabertura do litígio, devendo o tribunal, ato contínuo, emitir novo pronunciamento, agora sobre a coisa propriamente litigiosa.

No *iudicium rescissorium*, o tribunal proferirá nova decisão “para julgar procedente ou improcedente o pedido formulado na causa originária e renovado na petição inicial da ação rescisória”⁵³⁴. Aqui, por evidente, a decisão de mérito possui natureza declaratória, constitutiva ou condenatória, a depender do caso em análise, “não há determinação *a priori* da classe a que pertencerá a decisão do *iudicium rescissorium*”⁵³⁵.

Relativamente ao prazo de ajuizamento da ação rescisória, o revogado Código de 1973 dispunha, em seu art. 495, que “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. Com aprimoramentos técnicos e redacionais, o art. 975 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

De atentar-se para o fato de que o Novo Diploma, assim como o Código de Buzaid, concebe que o direito à rescisão se “extingue” em dois anos, de maneira que o prazo ali estabelecido é decadencial. E não poderia ser diferente, vez que, tendo a ação rescisória natureza constitutiva negativa, “seu ajuizamento decorre do exercício, pela parte autora, de um direito potestativo à desconstituição da coisa julgada”⁵³⁶.

É, por isso, prazo de direito material, visto que após o seu transcurso caduca o “direito à rescisão” e não o “direito de propor a ação rescisória”, conforme previa de forma inexata o Código de 1973:

A rigor, o que se extingue não é, alias o “direito de propor ação rescisória”: esse existirá sempre, como simples

⁵³² MOREIRA, op. cit., p. 205.

⁵³³ Ibid., p. 208.

⁵³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie et alii. *Curso de direito processual civil vol. 3*. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 520.

⁵³⁵ MOREIRA, op. cit., p. 208.

⁵³⁶ DIDIER, op. cit., p. 457.

manifestação particular do direito de ação. Extingue-se, sim, o direito mesmo à rescisão da sentença viciada. O fenômeno passa-se no plano *material*, não no plano *processual*, como de resto deixa entrever o próprio Código, quando estatui que a pronúncia da decadência implica “resolução de mérito” (art. 269, nº IV, na redação da Lei nº 11.232). Escoado *in albis* o biênio, não é a ação rescisória que se torna inadmissível: é o direito à rescisão da sentença, como direito a ser deduzido em juízo, que cessa de existir⁵³⁷.

De modo geral, a contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória não comporta grandes considerações para além do que já disposto literalmente no diploma processual⁵³⁸. Nada obstante, uma questão específica tem chamado a atenção da doutrina e jurisprudência. Cuida-se do modo de contagem do biênio decadencial no caso de ação rescisória parcial, compreendida, aqui, como aquela demanda rescisória por meio da qual se pretende rescindir tão somente um ou alguns capítulos da decisão.

A *vexata quaestio* decorre da aceitação, ou não, da teoria dos capítulos de sentença e do fenômeno da coisa julgada parcial ou progressiva, temas sobre os quais se passa agora a tratar.

2 – A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

A Carta da República, em seu art. 5º, inciso XXXVI, dispõe que a lei não prejudicará a coisa julgada. Optou-se, expressamente, “por densificar o *princípio* constitucional da segurança jurídica mediante a instituição de uma *regra* de proteção à coisa julgada”⁵³⁹, que integra “o núcleo duro do direito fundamental à segurança

⁵³⁷ MOREIRA, op. cit., p. 219.

⁵³⁸ O art. 975, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015 assim dispõe quanto à contagem do prazo estabelecido no *caput* do art. 975: § 1º Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o *caput*, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense; § 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo; § 3º Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão.

⁵³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme et alii. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 668.

jurídica no processo”⁵⁴⁰.

É o que assinala Cândido Rangel Dinamarco:

Ao estabelecer que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, está a Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXVI) manifestando a intenção de assegurar a imunidade dessas três situações consumadas, em nome de um valor de elevadíssimo grau nas democracias modernas, a *segurança jurídica* – imunidade não só à lei, como está escrito no texto constitucional, mas à lei e também a qualquer outro ato, estatal ou não, que pudesse vir a desestabilizá-las (Liebman)⁵⁴¹.

Deveras, segundo aquele autor, indo além, “a coisa julgada não é um instituto de direito processual, mas constitucional”, já que “ela nasce do processo e depois volta ao processo para limitar o exercício da jurisdição em relação à mesma causa”⁵⁴².

No plano legal, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro propõe, no art. 6º, § 3º, um conceito universal de coisa julgada: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

O Código de Processo Civil de 1973 referia-se à coisa julgada material como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (art. 467). Já conforme o Novo Código de Processo Civil, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502).

Noutro giro, é no âmbito da doutrina que se travam os maiores embates acerca do instituto. Discute-se especialmente qual a natureza jurídica da coisa julgada, sendo possível verificar, em breve análise, três concepções: (i) coisa julgada como efeito sentença; (ii) coisa julgada como qualidade da sentença; e (iii) coisa julgada como situação jurídica.

Para uma parcela significativa, mas minoritária da doutrina, a coisa julgada é um efeito da sentença. Afirma-se, nesse âmbito, que a coisa julgada incide sobre o efeito declaratório da sentença. Consoante ensinam os defensores dessa tese, “nem todos os efeitos tornam-se imutáveis em decorrência da coisa julgada. Somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da

⁵⁴⁰ MARINONI, loc. cit.

⁵⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil vol. III*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 301.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 302.

coisa julgada”⁵⁴³.

Marinoni, em defesa desse ponto de vista, leciona que todas as sentenças possuem efeito declaratório, estando aptas, portanto, a formar coisa julgada:

*Deixa-se claro, porém, que todas as sentenças têm algo declaratório – Assim, quando se diz que a coisa julgada incide sobre o efeito declaratório, deseja-se – em primeiro lugar – afirmar que a coisa julgada toca no elemento declaratório das sentenças declaratórias, condenatórias, constitutivas, executivas ou mandamentais – e não apenas na “declaração” própria da sentença declaratória -, projetando para fora do processo um efeito declaratório imutável*⁵⁴⁴.

Apesar disso, majoritariamente, a doutrina patrocina a tese de acordo com a qual a coisa julgada é uma qualidade da sentença. Trata-se de posição inicialmente defendida por Enrico Tullio Liebman e que parece ter sido acolhida pelo Código de Processo Civil 2015 quando dispõe que a coisa julgada material é a “autoridade”, e não a “eficácia” da decisão.

Nessa esteira, Humberto Theodoro Junior sustenta que a *res iudicata* “apresenta-se como uma qualidade da sentença assumida em determinado momento processual”. Consoante aduz, “não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela ‘imutabilidade’ do julgado e de seus efeitos, depois que não seja mais possível impugná-los por meio de recurso”⁵⁴⁵.

Tal percepção, aliás, como leciona o mencionado jurista, advém do fato de que a coisa julgada “é uma decorrência do conteúdo do julgamento de mérito, e não da natureza processual do ato decisório”⁵⁴⁶.

Por fim, uma fração minoritária da doutrina advoga que a coisa julgada é uma situação jurídica. Para tais defensores – capitaneados por Barbosa Moreira, Alexandre Freitas Câmara e Fredie Didier –, coisa julgada “é a situação jurídica consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença (*coisa julgada formal*) e de seu conteúdo (*coisa julgada material*), quando tal provimento jurisdicional não está mais sujeito a qualquer recurso”⁵⁴⁷. Nesse ponto, justifica Alexandre Câmara ^{que}:

a coisa julgada se revela como uma *situação jurídica*. Isso porque, com o trânsito em julgado da sentença, surge uma

⁵⁴³ MARINONI, op. cit. p. 674.

⁵⁴⁴ MARINONI, loc. cit.

⁵⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil vol. I*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 p. 1081.

⁵⁴⁶ Ibid., p. 1080.

⁵⁴⁷ CÂMARA, op. cit., p. 524.

nova situação, antes inexistente, que consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença, e a imutabilidade e a indiscutibilidade é que são, em verdade, a autoridade de coisa julgada. Parece-me, pois, que a coisa julgada é essa nova situação jurídica, antes inexistente, que surge quando a decisão judicial se torna irrecorrível⁵⁴⁸.

Igual conclusão é apresentada por Didier, quando proclama que:

A coisa julgada é efeito de um fato jurídico composto, do qual a decisão é apenas um dos seus elementos. A coisa julgada é um efeito jurídico que decorre da lei, que toma a decisão como apenas um de seus pressupostos. A decisão não é o fato jurídico da coisa julgada, que, por isso, não é feito dela; a decisão *compõe* o fato jurídico da coisa julgada⁵⁴⁹.

Criticando a posição predominante na doutrina, os patronos desse enfoque costuma afirmar que “‘qualidade’ é um atributo que uma norma jurídica confere a algum fato; assim ‘qualidade’ é, necessariamente’, um efeito jurídico – não adianta alterar o rótulo”⁵⁵⁰.

De mais a mais, para fins do presente artigo, adota-se a concepção doutrinariamente majoritária, consoante a qual a coisa julgada é uma qualidade da decisão judicial.

Quando se alude que a coisa julgada é a qualidade da decisão judicial que importa em sua imutabilidade, há de perquirir-se o alcance dessa imutabilidade, já que ele pode ser interno ou externo ao processo. Surge daí, como revelação de que “a imutabilidade é uma figura de duas faces”⁵⁵¹, importante diferenciação doutrinária entre o que se denomina coisa julgada formal e coisa julgada material.

Afirma-se, em resumo, que a coisa julgada formal “é *endoprocessual* e vincula-se exclusivamente à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro do processo em que a sentença foi prolatada”⁵⁵². Logo, “atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo”⁵⁵³.

Já a coisa julgada material “é *extraprocessual*, ou seja, seus efeitos projetam-se especialmente para fora do processo”⁵⁵⁴. Denominada também de coisa julgada

⁵⁴⁸ CÂMARA, loc. cit.

⁵⁴⁹ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 515.

⁵⁵⁰ DIDIER, loc. cit.

⁵⁵¹ DINAMARCO, op. cit., 301.

⁵⁵² MARINONI, op. cit., p. 669.

⁵⁵³ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 1087.

⁵⁵⁴ MARINONI, op. cit., p. 669

propriamente dita, a coisa julgada material “produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada”⁵⁵⁵.

Em função da necessidade de congruência da decisão judicial, a coisa julgada é delineada pelo objeto do processo, tendo aptidão para alcançar objetivamente todos os pontos examinados. Assim, quando o objeto do processo for composto, devendo a sentença apreciar diversas questões, tem-se o que Barbosa Moreira alcinhou de sentença objetivamente complexa, compreendida como aquela “cujo dispositivo contém mais de uma decisão” ou “que se compõe de mais de um capítulo”. Nesse caso, “a coisa julgada sobre o que a sentença de mérito dispuser abrangerá todos esses capítulos de mérito e, conseqüentemente, todo o objeto do processo”⁵⁵⁶.

É exatamente nessa perspectiva que se mostra necessário investigar a real significação da expressão jurídica “capítulo de sentença”, o que se faz sob a perspectiva da teoria dos capítulos de sentença. A compreensão da mencionada teoria afigura-se especialmente importante porquanto revela outro enfoque acerca da formação da coisa julgada, diferindo-se da ideia tradicional de unicidade e indivisibilidade.

2.1 - TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA E COISA JULGADA PROGRESSIVA

Desenvolvida inicialmente no direito italiano, a teoria dos capítulos de sentença foi desvelada pela primeira vez na obra de Giuseppe Chiovenda. Para o jurista, são capítulos da sentença “as unidades do decisório, portadoras do *julgamento de mérito*”⁵⁵⁷. Em sua concepção, portanto, confundem-se os capítulos de sentença com os capítulos da demanda.

Nessa acepção a autonomia e a independência têm especial relevo na identificação dos capítulos da decisão. É que, consoante aduz o fundador da Escola Italiana do Processo Civil, discorrendo sobre o recurso parcial previsto no Código de Processo Civil Italiano:

é também necessário, para aplicar a regra do art. 486, que os capítulos de sentença sejam autônomos e independentes, pois não se pode entender que aceite a sentença em relação

⁵⁵⁵ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 1087.

⁵⁵⁶ MOREIRA, op. cit., p. 96.

⁵⁵⁷ DINAMARCO, op. cit., p. 19.

ao capítulo dependente, ainda que não mencionado no ato de apelar, aquele que recorre da sentença no tocante ao capítulo principal⁵⁵⁸.

Segundo afirma, são independentes “os tópicos do decisório capazes ter vida própria, sem ficarem condicionados pelo teor de outros tópicos”, diferindo-se, assim dos capítulos dependentes, tidos como “aqueles que não podem subsistir ‘se o outro tiver sido negado’”⁵⁵⁹. A autonomia, por sua vez, conforme ensina Dinamarco, interpretando Chiovenda, “significa que as *diversas parcelas do petitum* bem poderiam ter sido objeto de demandas separadas, propostas em tempos diferentes e dando origem a dois ou mais processos distintos”⁵⁶⁰.

Não obstante, a visão chiovendiana mostrou-se insuficiente para resolver diversas questões levantadas principalmente no âmbito da teoria dos recursos. No caso de sentenças heterogêneas⁵⁶¹, por exemplo, entendidas como aquelas que contêm decisão sobre a admissibilidade do julgamento e sobre o mérito propriamente dito, “não podem ser considerados autônomos os pronunciamentos do juiz sobre a admissibilidade do julgamento do mérito”⁵⁶². É que tais pronunciamentos não poderiam ter sido provocados por iniciativa autônoma nem dado origem a um processo independente⁵⁶³.

Enrico Tullio Liebman, por seu turno, propôs a dilatação do conceito de capítulos de sentença para abranger também as decisões que apreciam questões preliminares ao julgamento de mérito. Segundo afirma, uma sentença que rejeita uma preliminar e decide o mérito “é composta de dois capítulos, um que declara a admissibilidade do julgamento de mérito e outro que contém esse julgamento”⁵⁶⁴.

Isso posto, esclarece o jurista italiano que:

a sentença conserva formalmente a sua unidade também quando contém mais de uma decisão. Por exemplo, as sentenças definitivas contêm a condenação do sucumbente nas despesas do processo; a se sentença que se pronuncia

⁵⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 09-10. apud CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, § 91, V, p. 1.136-1.137.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 19-20.

⁵⁶⁰ DINAMARCO, loc. cit.

⁵⁶¹ A doutrina, classificando as decisões judiciais a partir da presença ou não de capítulos processuais e capítulos de mérito, concebeu duas categorias distintas: decisões homogêneas e heterogêneas. Diz-se, em suma que, é homogênea “a decisão que contém apenas ou capítulos puramente processuais ou capítulos de mérito”. Já a heterogênea é aquela decisão que “contém tanto capítulos processuais como capítulos de mérito, como no caso em que o magistrado resolve questões processuais, mas as repele, e analisa o mérito, seja para acolher ou negar os pedidos formulados” (DIDIER JUNIOR, Fredie et alii. *Curso de direito processual civil 2*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 352-353).

⁵⁶² DINAMARCO, op. cit., p. 21.

⁵⁶³ DINAMARCO, loc. cit.

⁵⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 22. apud LIEBMAN, Enrico Tullio. *Parte o ‘capo’ di sentenza*, n. 5, p. 55.

sobre um cúmulo de demandas contém uma pluralidade de decisões; a pronúncia sobre uma preliminar processual é uma decisão distinta daquela que julga o mérito, mesmo que as duas decisões se encontrem reunidas na mesma sentença; se a demanda tem por objeto uma quantidade de coisas fungíveis (uma soma em dinheiro, uma quantidade determinada de uma mercadoria qualquer) e se o juiz acolhe a demanda em parte, e em parte a rejeita, a sentença contém duas decisões distintas, uma de acolhimento e *pro parte* uma de rejeição⁵⁶⁵.

Outro a debruçar-se sobre a teoria dos capítulos de sentença, Francesco Carnelutti propõe uma definição de capítulo de sentença coincidente a de capítulo de lide. Segundo abona, “o capítulo não é uma parte ou fração do interesse ou do bem em lide, mas uma das questões mediante as quais a tutela do interesse é contestada ou o bem, controvertido”⁵⁶⁶. Logo, no seu entender, “capítulo de sentença é a resolução de uma questão referente a uma lide”⁵⁶⁷.

No Brasil, a manifesta influência do direito processual civil italiano fez com que diversos processualistas, com suporte inicial na obra de Cândido Rangel Dinamarco, lucubrassem sobre a possibilidade de cisão ideológica do dispositivo de uma decisão judicial com a conseqüente formação de capítulos autônomos impugnáveis, executáveis ou rescindíveis de pronto.

De saída, cumpre registrar que, conquanto denominada teoria dos capítulos de sentença, a referida teoria, na realidade, sempre foi entendida como genuína teoria dos capítulos das decisões judiciais, vez que “pode haver capítulos de qualquer provimento jurisdicional (como uma decisão interlocutória ou um acórdão)”⁵⁶⁸. Destarte, emprega-se a expressão *sentença* no sentido amplo, a significar qualquer provimento jurisdicional decisório.

O estudo dos capítulos de sentença, logo, insere-se no exame da teoria da decisão judicial, especificamente na análise de sua parte dispositiva, porque “é ali que se dá solução às diversas questões que revelam as pretensões judicialmente”⁵⁶⁹.

Consoante leciona Alexandre Freitas Câmara, alicerçado em Liebman, a

⁵⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 492 apud LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, p. 231.

⁵⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 23. apud CARNELUTTI, Francesco. *Capo di sentenza*, n. 2, p. 119.

⁵⁶⁷ Ibid. p. 23.

⁵⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* vol. I. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 492.

⁵⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 1280.

teoria “nada mais é do que o reconhecimento de que uma sentença formalmente uma pode conter mais de uma decisão”⁵⁷⁰. Trata-se de decorrência lógica da percepção de que dificilmente uma sentença envolve o julgamento de uma só pretensão.

Dinamarco, no que lhe diz, assevera que no direito positivo brasileiro reputa-se a capítulos de sentença como sendo unidades autônomas do decisório da sentença. Cuida-se, em última análise, do modelo teórico apresentado por Liebman:

A configuração dos capítulos de sentença segundo o modo-de-ser do direito brasileiro corresponde substancialmente à que fora proposta por Enrico Tullio Liebman em seu famoso ensaio. Cada capítulo do decisório, quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma *unidade elementar autônoma*, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras. Nesse plano, a autonomia dos diversos capítulos de sentença revela apenas uma *distinção funcional entre eles*, sem que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença: a autonomia absoluta só se dá entre os capítulos de mérito, não porém em relação ao que contém julgamento da pretensão ao julgamento deste⁵⁷¹.

Diz-se, à vista disso, que, sem perder a característica da unicidade, uma sentença conterá tantos capítulos quantas forem as questões apreciadas. Dessa forma, no raríssimo caso de sentença com uma única decisão, “não há que se falar em ‘sentença com um só capítulo’, mas em sentença unitária, pois capítulos são partes do todo, e assim só se pode falar neles quando há, pelo menos, dois capítulos”⁵⁷²:

Não é adequado falar em *sentença com um capítulo* só, como às vezes se vê na doutrina. A sentença que não fosse portadora de duas ou mais decisões seria um todo unitário, sem divisão alguma em capítulos. Capítulo é porção, parte, parcela, segmento, ou seja, a unidade decorrente de uma divisão. É muito difícil conceber uma *sentença* sem mais de um capítulo, porque quase sempre algo há ser decidido também quanto ao reembolso de despesas ou aos honorários da sucumbência (ainda que para negá-los); mas

⁵⁷⁰ CÂMARA, op. cit., p. 493.

⁵⁷¹ DINAMARCO, op. cit., p. 35.

⁵⁷² CÂMARA, op. cit., p. 495.

em uma *decisão interlocutória* essa unicidade é plenamente configurável (negar uma medida urgente, e nada mais)⁵⁷³.

De ver-se, por tudo, que a aceitação da teoria importa na constatação de que os diversos fragmentos decisórios, denominados de capítulos, são verdadeiras unidades elementares autônomas, as quais – processualmente falando - caminham desquitadas.

Nesse plano, é imperioso destacar que a viabilidade de cisão das decisões judiciais pode dimanar de diversos fatores, como bem destaca Dinamarco:

Basta pensar na condenação do vencido pelo custo financeiro do processo (despesas, honorários da *sucumbência*), a qual se resolve em um preceito, contido no dispositivo da sentença, que não se confunde com o julgamento do conflito que motivou o demandante a valer-se dos serviços do Poder Judiciário; no mesmo ato, o juiz julga a causa e também dispõe sobre o modo como se regerà a responsabilidade por esse custo, ainda quando o faça para dispensar o vencido de arcar com ele. São também corriqueiros os casos de *cúmulo* de pedidos, em que a parte final da sentença cinde-se em duas ou mais disposições, cada uma distinta da outra e destinada ao julgamento de uma das pretensões cumuladas; o mesmo se dá em caso de reconvenção, denunciação da lide, chamamento ao processo, ação declaratória incidental etc. Sucede também que muitas vezes o próprio objeto do processo é caracterizado por uma pretensão decomponível (*infra*, n. 28), de modo que na *procedência parcial* da demanda do autor reside o acolhimento de uma parte de sua pretensão e rejeição de outra⁵⁷⁴.

De maneira a demonstrar o emprego da teoria, o citado processualista apresenta ilustrativamente o seguinte exemplo, referindo-se especificamente a hipótese de cisão da decisão em função do *cúmulo* de pedidos:

Se peço reintegração de posse em *cúmulo* com indenização, o dispositivo da sentença que julgar o mérito deverá conter um preceito referente a cada um desses pedidos, ou seja, dois capítulos de sentença – um julgando a possessória e outro, a indenizatória. Se peço 100 e a sentença me concede 80, isso significa que o juiz acolheu minha pretensão a obter 80 e julgou improcedente a pretensão a obter os outros 20 (decompôs, portanto, um pedido que formalmente era uno).

⁵⁷³ DINAMARCO, op. cit., p. 36.

⁵⁷⁴ DINAMARCO, op. cit., p. 09-10.

No primeiro caso já a demanda vinha colocada em capítulos (cúmulo de pedidos) e no segundo, não. Mesmo assim, uma singela operação mental de abstração conduz à claríssima percepção de que nos dois casos o julgado continha *capítulos*⁵⁷⁵.

Em suma, a teoria dos capítulos de sentença, ao indicar o fenômeno da cisão ideológica do dispositivo de uma decisão judicial em correspondência às diversas questões apreciadas, conduz ao reconhecimento de que as sentenças, via de regra, sempre serão compostas por capítulos autônomos e, portanto, com vida processual própria.

A aceitação dessa premissa implica consequências diretas em copiosos campos da ciência processual. No âmbito da teoria dos recursos, por exemplo, para além do usual recurso integral – aquele que impugna toda a decisão, devolvendo para nova apreciação toda a matéria decidida –, admite-se a interposição de recurso parcial, por meio do qual se questiona somente um ou alguns dos capítulos de uma sentença, deixando sem impugnação os demais.

Para fins desse artigo, interessa a constatação de que exatamente em função da admissão da fragmentação da decisão judicial em capítulos autônomos, possibilitando a interposição de recursos parciais, bem como da possibilidade de serem proferidas, no curso do processo, diversas decisões com aptidão para tornarem-se indiscutíveis, é que se reconhece o trânsito em julgado daquelas parcelas que não foram objeto de impugnação, surgindo daí a ideia de coisa julgada progressiva.

Conclui-se, então, que “um mesmo processo poderá produzir tantas coisas julgadas quantas tenham sido as decisões que tenham sido proferidas e que possuam essa aptidão”⁵⁷⁶ ou, ainda, quantos tenham sido os capítulos não impugnados cobertos pela autoridade da coisa julgada.

Ademais, nasce daí a possibilidade de aviamento de ação rescisória parcial, tencionando rescindir apenas um ou alguns dos capítulos cobertos pela *res iudicata* ainda no curso do processo.

Esses fenômenos foram assim sintetizados com perspicácia e agudeza por Pontes de Miranda:

A “ação rescisória” contra quem foi vitorioso nos pontos *a* e *b*, no primeiro grau de jurisdição, com trânsito em julgado por se não haver recorrido, ou não se ter conhecido do recurso

⁵⁷⁵ DINAMARCO, loc. cit.

⁵⁷⁶ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 526-527.

interposto, e nos pontos *c*, *d* e *e*, no segundo grau de jurisdição, porque se conheceu do recurso e se confirmou ou se reformou a sentença em tais pontos, tem de ser proposta em duas ações, porque não é uma só a ação rescisória. Há tantas ações rescisórias quantas as decisões transitas em julgado em diferentes juízes. Pode-se dar, até, que os prazos preclusivos sejam dois ou mais, porque uma sentença transitou em julgado antes da outra, ou das outras. O prazo preclusivo para a rescisão da sentença que foi proferida, sem recurso, ou com decisão que dele não conheceu, começa com o trânsito em julgado de tal sentença irrecorrida. Se houve recurso quanto a algum ponto, ou alguns pontos, ou todos, tem-se de distinguir aquilo de que se conheceu e o de que não se conheceu. Há o prazo preclusivo a contar da coisa julgada naqueles pontos que foram julgados pelo segundo grau de jurisdição. A extensão da ação rescisória não é dada pelo pedido. É dada pela sentença em que se compõe o pressuposto da rescindibilidade. Se a mesma petição continha três pedidos e o trânsito em julgado, a respeito do julgamento de cada um, foi em três graus de jurisdição, há tantas ações rescisórias quantos os graus de jurisdição⁵⁷⁷.

Ocorre que, embora tais asserções afigurem-se facilmente alcançáveis no plano teórico-doutrinário, sob a perspectiva da jurisprudência, os imbróglis referentes à aceitação da teoria dos capítulos de sentença, da formação progressiva da coisa julgada e, principalmente, da aplicação integral dos efeitos jurídicos da teoria, não parecem ter sido resolvidos na vigência do Código de 1973.

3 - A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 muito se debateu, no domínio dos tribunais, sobre o acolhimento da teoria dos capítulos de sentença e, nessa perspectiva, a viabilidade da rescisão parcial de sentenças. O embate mostrou-se ainda mais significativa quando trazida a problemática relativa à contagem do prazo decadencial da ação rescisória nos casos em que existentes capítulos autônomos.

No âmago da controvérsia, o Tribunal Superior do Trabalho assentou sua jurisprudência no sentido de aceitação da teoria dos capítulos de sentença e, como

⁵⁷⁷ MIRANDA, op. cit., p. 357.

resultado, da coisa julgada progressiva. Assim, para aquela Corte, havendo recurso parcial, via de regra, o trânsito em julgado ocorrerá em momentos e tribunais diversos, de modo que cada capítulo que se pretende rescindir ensejará uma ação rescisória independente. Nesse caso, o prazo decadencial deve ser contado a partir do trânsito em julgado de cada decisão isolada.

É essa a conclusão consolidada na famigerada Súmula nº 100, *ad litteram*:

Súmula nº 100 do TST

Ação rescisória. Decadência (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 13, 16, 79, 102, 104, 122 e 145 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005

I - O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. (ex-Súmula nº 100 - alterada pela Res. 109/2001, DJ 20.04.2001)

II - Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial. (ex-Súmula nº 100 - alterada pela Res. 109/2001, DJ 20.04.2001)⁵⁷⁸.

De outra banda, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a matéria nunca foi pacífica. Em um primeiro momento, aquele Sodalício, em demonstração da aceitação da teoria dos capítulos de sentença, chegou a fixar que “o termo inicial do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória não se conta da última decisão proferida no processo, mas, sim, do trânsito em julgado da que decidiu a questão que a parte pretende rescindir”⁵⁷⁹

Todavia, na apreciação dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 404.777/DF, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, alterou a jurisprudência, passando então a reconhecer a impossibilidade do trânsito em julgado parcial, bem como que o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

O referido julgado, tido como um marco na jurisprudência da Corte, restou

⁵⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: nov. 2016.

⁵⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 212.286/RS, Relator(a): Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016.

assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - PRAZO PARA PROPOSITURA - TERMO INICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS - CPC, ARTS. 162, 163, 267, 269 E 495.

- A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença /acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide.

- Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial.

- Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

- Embargos de divergência improvidos⁵⁸⁰.

Imperioso observar que, na ocasião, o STJ trouxe ao debate questões como a formação da coisa julgada material no direito brasileiro e a rescindibilidade parcial das decisões judiciais. Prestigiou, contudo, o ideal de unicidade e indivisibilidade da coisa julgada e da própria ação rescisória.

Analisando o aresto, a doutrina em peso apontou, desde logo, suas falhas teóricas. Destacou-se, em especial, que, a prevalecer o entendimento fixado, todas as decisões meritorias proferidas no curso do processo seriam aptas a formar tão somente coisa julgada formal, de modo que apenas a última decisão proferida produziria coisa julgada material:

De forma inusitada, o aresto do STJ passou a qualificar, ao arrepio das tradições processuais, como coisas julgadas *formais* (e não mais *materiais*) aquelas derivadas das preclusões relativas às questões de mérito decididas ao longo do curso do processo e antes do decisório do Tribunal de última instância. Formando, assim, coisa julgada material apenas o acórdão do STJ que decidisse o recurso especial (mesmo que o seu objeto fosse distinto do precluído nas instâncias locais), somente a partir de sua irrecorribilidade começaria a fluir o prazo único (de dois anos) para a propositura da ação rescisória acerca de todo o mérito da causa (inclusive, pois, as questões atingidas por preclusão fora e antes do recurso especial)⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. EREsp 404.777/DF*, Relator(a): Min. Fontes De Alencar, Relator(a) p/ Acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016.

⁵⁸¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 566.

Ainda assim, após o paradigmático julgado, a jurisprudência do STJ, menoscabando a maciça resistência doutrinária, consolidou-se no sentido da asserção ali firmada⁵⁸², razão por que, no dia 07 de outubro de 2009, foi editada a Súmula nº 401, dispondo que “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”⁵⁸³.

Sem embargo, não faltaram críticas por parte da doutrina ao entendimento instrumentalizado na Súmula nº 401. Dinamarco, analisando a jurisprudência da Corte, assevera que, embora o STJ tenha afirmado em diversas ocasiões que sua jurisprudência não aceita a teoria dos capítulos de sentença, “o que aquela jurisprudência repudia são certas *aplicações* dessa teoria e não a teoria em si mesma”⁵⁸⁴. Consoante esclarece:

Até se compreende e se endossa a boa razão que legitima essa postura destinada a evitar dúvidas ou incertezas responsáveis por uma *insegurança jurídica* para as partes, mas nem por isso seria possível negar englobadamente todos os *outros reflexos* da teoria dos capítulos de sentença, negando-se com isso a própria teoria ou mesmo a existência de unidades elementares autônomas em sentenças ou acórdãos (capítulos)⁵⁸⁵.

Barbosa Moreira, igualmente crítico, sustenta o equívoco da premissa estabelecida pelo STJ, segundo a qual apenas a última sentença de dado processo é capaz de produzir coisa julgada material, sendo que aquelas proferidas no desenrolar do feito produzirão no máximo coisa julgada formal:

Note-se desde já que o argumento, assim formulado, leva à conclusão inevitável de que tampouco seria possível tentar rescindir qualquer delas após o encerramento do processo. Não se concebe logicamente que este tenha a virtude de converter em coisa julgada material a preclusão ou a coisa julgada formal a que se haja sujeitado alguma sentença

⁵⁸² Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados: AgRg no Ag 980.985/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 15/09/2008; AgRg na AR 3.799/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 19/09/2008; AR 1.337/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 17/02/2009; EDcl no REsp 543.368/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 14/12/2006, p. 330; e REsp 765.823/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 10/09/2007, p. 212. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016.

⁵⁸³ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Súmula 401*, Corte Especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016.

⁵⁸⁴ DINAMARCO, op. cit., p. 30.

⁵⁸⁵ DINAMARCO, loc. cit.

anterior. Só da última é que se poderia cogitar aí. Significa isso que, em eventual ação rescisória, apenas seria possível tentar desconstituir a última sentença, assegurada a subsistência de todas as outras pelo fato de não satisfazerem os requisitos do art. 485 (“ A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida...”) e não serem, por isso rescindíveis⁵⁸⁶.

Em seguida, no que parece mais uma demonstração da divergência existente no tribunal do que uma nova reviravolta jurisprudencial, o STJ chegou a admitir que “a ação rescisória pode objetivar a anulação de apenas parte da sentença ou acórdão”⁵⁸⁷. No julgado ora comentado, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, consignou-se, em extrato, que “a possibilidade de rescisão parcial decorre do fato de a sentença de mérito poder ser complexa, isto é, composta por vários capítulos, cada um contendo solução para questão autônoma frente às demais”.

Nota-se, contudo, que mesmo ratificando a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória parcial, o STJ em momento algum afastou o entendimento, consignado na Súmula nº 401 relativo à contagem do prazo decadencial da rescisória. Portanto, no máximo, há de cogitar-se a aceitação mitigada da teoria dos capítulos de sentença pela Corte.

Aliás, em recente julgado, interpretando o efetivo alcance da Súmula nº 401, a Corte Especial do STJ concebeu que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória somente tem início após o último pronunciamento judicial no processo originário, mesmo que se trate de recurso intempestivo, ressalvada a hipótese de má-fé do recorrente.⁵⁸⁸

Noutro giro, certo é que a discussão aventada, porquanto transpassa o campo de incidência da garantia da coisa julgada, suscita análise ainda mais acurada no terreno constitucional, o que fez com que o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, apreciasse a questão.

Detendo-se sobre o fenômeno da coisa julgada parcial, o STF há muito se filiou a concepção segundo a qual o prazo para ajuizamento da ação rescisória inicia-se de forma independente para cada decisão autônoma, a partir da preclusão maior progressiva.

Já era essa a posição da Suprema Corte quando da apreciação da Ação

⁵⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 29. ed. 2006, p. 98.

⁵⁸⁷ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 863.890/SC. Relator(a): Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016.

⁵⁸⁸ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. EREsp 1352730/AM, Relator(a): Min. Raul Araújo, Corte Especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016.

Rescisória nº 903/SP, relator Ministro Cordeiro Guerra, e revisor Ministro Moreira Alves. Naquela ação, julgada em 17 de junho de 1982, o Tribunal consignou, em apertada síntese, que:

A interposição de embargos de divergência contra acórdão que conhece do recurso extraordinário e lhe dá provimento para julgar procedente a ação só impede o trânsito em julgado desta se abarca todas as questões da demanda, uma vez que, se abranger apenas algumas delas, com relação às demais ocorre a coisa julgada⁵⁸⁹.

Posteriormente, o Plenário do Supremo, no julgamento da Ação Rescisória nº 1.472/DF, relator Ministro Marco Aurélio de Mello, convencionou que “o termo inicial de prazo de decadência para a propositura da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado do título rescindendo”⁵⁹⁰.

Aliás, a literalidade da Súmula nº 354 bem demonstra a vetusta receptividade da Corte ao fenômeno da coisa julgada progressiva nos casos de recorribilidade parcial: “em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação”⁵⁹¹.

Por ocasião do julgamento Ação Penal nº 470, o STF teve novamente a oportunidade de reafirmar, no âmago de sua jurisprudência, a recepção da teoria dos capítulos de sentença e, conseqüentemente, a viabilidade da ocorrência da coisa julgada progressiva. Decidiu o plenário da Corte, na apreciação da Décima Quarta Questão de Ordem, realizado em 13 de novembro de 2013, ser admissível a execução imediata das penas impostas em capítulo não impugnado por embargos infringentes⁵⁹².

Por conveniente e preciso, eis a literalidade do acórdão proferido, nos termos do que restou consignado em sua ementa:

2. Sempre que a sentença decide pedidos autônomos, ela

⁵⁸⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. AR 903, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

⁵⁹⁰ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. AR 1472, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

⁵⁹¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Súmula 354. Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

⁵⁹² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. AP 470 Décima Primeira-QO/MG, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

gera a formação de capítulos também autônomos, que são juridicamente cindíveis. O julgamento da demanda integrada por mais de uma pretensão exige um ato judicial múltiplo de procedência ou improcedência dos pedidos. Doutrina.

4. (sic) No direito processual penal, o julgamento múltiplo ocorre em razão da diversidade dos fatos típicos imputados e das regras próprias ao concurso material de crimes, em que se exige sentença de estrutura complexa, com condenações múltiplas.

5. É plena a autonomia dos capítulos, a independência da prova e a especificidade das penas impostas aos condenados para cada um dos crimes pelos quais estão sendo processados.

6. O trânsito em julgado refere-se à condenação e não ao processo. A coisa julgada material é a qualidade conferida pela Constituição Federal e pela Lei à sentença/acórdão que põe fim a determinada lide, o que ocorre com o esgotamento de todas as possibilidades recursais quanto a uma determinada condenação e não quanto ao conjunto de condenações de um processo. No mesmo sentido, o artigo 467 do Código de Processo Civil; e o artigo 105 da Lei de Execuções Penais. Este entendimento já se encontra de longa data sedimentado nesta Corte, nos termos das Súmulas 354 e 514 do Supremo Tribunal Federal.

7. A interposição de embargos infringentes com relação a um dos crimes praticados não relativiza nem aniquila a eficácia da coisa julgada material relativamente às condenações pelos demais crimes praticados em concurso de delitos, que formam capítulos autônomos do acórdão. Descabe transformar a parte irrecorrível da sentença em um simples texto judicial, retirando-lhe temporariamente a força executiva até que seja finalizado outro julgamento, que, inclusive, em nada lhe afetará⁵⁹³.

O Ministro Celso de Mello, na oportunidade, reconhecendo a indispensabilidade da teoria dos capítulos de sentença, para além de expor sua aceitação no processo civil, fez questão de registrar a possibilidade de inclusive transportar a teoria para o processo penal, em incontendível demonstração de seu acolhimento, portanto. Segundo destacou:

Vale enfatizar que esse entendimento – o de que a sentença, *embora instrumentalmente una*, **pode** apresentar-

⁵⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470 Décima Primeira-QO/MG, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

se com uma estrutura objetivamente complexa, **cindível em diversos capítulos, cada qual** resolvendo, *autonomamente, determinado* litígio (“*Quot capita, totsententiae*”) – **também se mostra aplicável** ao processo penal, **como esclarece** autorizado magistério doutrinário.

(...)

Vê-se, desse modo, em face da teoria dos capítulos de sentença, que se mostra viável reconhecer, *no instrumento sentencial, pluralidade* de decisões, **cada qual** incidindo **sobre um objeto autônomo** do processo, **inclusive** do processo penal, **a justificar, portanto, na linha de antigo magistério jurisprudencial desta** Suprema Corte (RTJ 103/472, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, *v.g.*), **a possibilidade de formação progressiva da coisa julgada.**

Todavia, o mais significativo pronunciamento do Supremo deu-se na apreciação do Recurso Extraordinário nº 666.589/DF⁵⁹⁴. É que, na oportunidade, reformou-se acórdão paradigmático proferido pela Corte Especial do STJ⁵⁹⁵, que havia alinhado a jurisprudência daquele Sodalício. Isso posto, conquanto desprovido de repercussão geral, as circunstâncias do julgamento evidenciam que se trata de verdadeiro *leading case*.

Na espécie, o relator, Ministro Marco Aurélio, destacou, oportunamente, que mais do que definir o início do prazo para ajuizamento da ação rescisória, debatia-se naquele julgamento o momento exato da formação da coisa julgada material na específica hipótese em que as diversas decisões do processo tornaram-se definitivas em instantes diversos, veja-se:

Está em jogo definir o momento preciso em que ocorre o fenômeno da coisa julgada para efeito de assentar o início da fluência do prazo decadencial relativo à propositura de ação rescisória, considerado processo revelador de pedidos cumulados, mas materialmente divisíveis, em que as decisões concernentes a cada qual tornaram-se definitivas em momentos distintos. A controvérsia envolve saber se é possível cogitar de trânsito em julgado individual das decisões autônomas e a implicação dessa cisão para a contagem do prazo de decadência da rescisória.

⁵⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 666589, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

⁵⁹⁵ Cuida-se do já mencionado EREsp 404.777/DF, Relator(a): Min. Fontes De Alencar, julgado pela Corte Especial do STJ em 03.12.2003.

Nessa linha, abonou que a coisa julgada, verdadeira cláusula pétrea reconhecida no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta da Magna, deve ser compreendida como “aquela, material, que pode ocorrer de forma progressiva quando fragmentada a sentença em partes autônomas”.

Anunciou, ainda, que o STF, em conclusão depreendida da própria Constituição Federal, admitiu diversas vezes a coisa julgada progressiva ante a recorribilidade parcial no processo. Concluindo, com esse raciocínio, que o acórdão atacado implicou “violação à garantia da coisa julgada, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta da República”.

O acórdão proferido pelo STF naquele átimo foi assim condensado:

COISA JULGADA – ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional. COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória.

Nesse cenário, o CPC 2015, atento às desavenças instauradas nos planos doutrinário e jurisprudencial, promoveu ajustes e alterações nas disposições relativas à ação rescisória, disposições essas sobre as quais se passa a debater.

4 – RESCINDIBILIDADE PARCIAL, TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA E COISA JULGADA PROGRESSIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diferentemente do Código de Buzaid, o CPC 2015 prestigiou expressa e literalmente a teoria dos capítulos de sentença. Conforme se observa, “pela primeira vez, emprega o legislador expressão cujo uso era antes reservado apenas à doutrina: capítulo de sentença”⁵⁹⁶.

Ilustrativamente, o art. 356⁵⁹⁷, dispondo sobre o julgamento antecipado

⁵⁹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 619.

⁵⁹⁷ Veja-se: Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. § 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o

parcial de mérito, prevê, em seu § 3º, a possibilidade de execução definitiva de decisão transitada em julgado que julgar parcela do mérito.

O art. 1.013, outrossim, no tocante ao objeto do recurso de apelação, delinea, em seu § 1º, que “serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado”. Por seu turno, o § 5º fixa que “o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação”.

Ainda nas disposições concernentes aos recursos, o art. 1.034, parágrafo único, que trata da admissão de recurso especial e extraordinário, diz que “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”.

No que toca especificamente à ação rescisória, o art. 966, *caput*, substitui o termo “sentença” por “decisão”, alargando o objeto da demanda, de maneira a permitir seu ajuizamento – agora de forma expressa – também contra decisões interlocutórias, acórdãos e decisões monocráticas.

Ademais, o § 3º do dispositivo, em boa hora, estabelece que “a ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão”. Cuida-se da apelidada rescisória parcial, a qual, como demonstrado, já era aceita pela doutrina e por parte da jurisprudência, embora, até então, não houvesse nenhuma previsão legal no sentido. Inovador, pois, o Código.

Em sendo assim, se dúvida havia acerca da recepção da teoria dos capítulos de sentença pelo Código de 1973, a discussão não se mostra mais oportuna na sistemática atual, já que o Novo Código, como visto, tratou de incorporar e regulamentar de forma expressa as diversas implicações e efeitos da teoria.

Todavia, de volta à temática da ação rescisória, percebe-se que, embora autorizando o manejo de ação para impugnar tão somente capítulo ou capítulos da sentença (art. 966, §3º), o Código perfilha entendimento no mínimo dúbio. Isso porque o art. 975 estabelece que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

Logo, é oportuno, antes de tudo, investigar o real sentido da expressão legal *última decisão proferida no processo*, já que de agora em diante legalmente é esse o *dies a quo* do cômputo do prazo decadencial da ação rescisória.

mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

Em sede doutrinária, advoga-se a viabilidade de pelo menos três entendimentos para a locução. Consoante o primeiro, o trecho pode ser interpretado como a última decisão proferida na causa – na linha de compreensão do STJ. Pelo segundo, a expressão refere-se “a última decisão sobre a questão que se tornou indiscutível pela coisa julgada – a decisão que substituiu por último (art. 1.008, CPC)”⁵⁹⁸. Já conforme o terceiro, “última decisão proferida no processo” quer dizer “a última decisão proferida no processo sobre a questão que se tornou indiscutível pela coisa julgada”⁵⁹⁹.

Com descomunal esforço teórico, Fredie Didier sustenta a necessidade de adoção do segundo entendimento. Isso porque, consoante aduz, com razão nesse particular argumento, “a valer a primeira interpretação o prazo para ação rescisória contra a decisão parcial seria indefinido, pois seu início dependeria do final do processo”⁶⁰⁰. Assim, situações amplamente consolidadas no tempo não estariam resguardadas de uma futura revisão.

Segundo o referido autor:

A segunda interpretação está em consonância com todo o sistema do Código. Não apenas com as regras sobre a coisa julgada parcial, que são várias, mas também com o sistema recursal, tendo em vista o que dispõe o art. 1.008 do CPC. Além disso, essa interpretação está em consonância com os princípios da segurança jurídica e da boa-fé processual⁶⁰¹.

Não obstante, ainda que se entenda a preocupação externada pelo autor, não parece ser esse o sentido da norma. É que a inteligência do dispositivo, em sua literalidade, somada à jurisprudência dominante ao tempo da elaboração do Código, denotam que o legislador, em boa verdade, alinhou-se à posição assente na Súmula nº 401 do STJ. Ademais, conforme concluiu Senra, essa interpretação afigura-se inviável também:

Em primeiro lugar porque alterar “contados do trânsito em julgado da decisão” (CPC/1973) para “contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (CPC/2015) não teria tido, então, significado algum; decisão de mérito rescindível já era, no regime do CPC/1973, necessariamente aquela que substituiu por último, uma vez que a decisão substituída deixa de existir juridicamente. Em segundo, porque a precisão temporal do termo a quo do prazo de propositura da ação rescisória permaneceria vinculada à questão, altamente controversa em termos

⁵⁹⁸ DIDIER, op. cit., p. 462.

⁵⁹⁹ SENRA, Alexandre. *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília: ESMPU, 2016. p. 57.

⁶⁰⁰ DIDIER, op. cit., p. 462.

⁶⁰¹ DIDIER, loc. cit.

científicos, de se saber se recursos inadmissíveis/inadmitidos impedem ou não o trânsito em julgado da decisão recorrida, que poderia ser a rescindenda, haja vista que a decisão de inadmissibilidade não a substituiu⁶⁰².

Theodoro Junior, semelhantemente, entende que o legislador prestigiou o entendimento do STJ quanto ao tema:

Com isso, pretendeu-se seguir a orientação preconizada pela Súmula nº 401 do STJ, segundo a qual a rescisória não obedece ao fracionamento da solução do mérito por capítulos, em diversas decisões, devendo ocorrer uma única vez, ou seja, depois que o processo já tenha se encerrado, mesmo que a última decisão transitada em julgado não tenha sido um julgamento de mérito⁶⁰³.

Ainda nesse ponto, é oportuno o magistério de Rodrigo Barioni. Segundo adverte:

Por “última decisão proferida no processo” deve-se entender a última decisão proferida na causa, na fase de conhecimento. Caso tenha havido recurso, será a decisão proferida nesse recurso. Caso a decisão se refira a admissibilidade do recurso, tem-se que o prazo bienal será contado do trânsito em julgado dessa decisão, salvo quando se tratar de hipótese de manifesta intempestividade, caso em que o recurso não impede o imediato trânsito em julgado da decisão recorrida (cf. STJ, EDcl no REsp 1352730/AM, 2.a T., rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 11.10.2013, v.u.)⁶⁰⁴.

Assim, em resumo, transitada em julgado decisão parcial de mérito, somente após proferida a sentença, resolvendo todas as demais questões, é que se iniciará o prazo para rescisão da decisão. Havendo recurso dessa sentença, via de regra, o prazo só será contado após o seu julgamento. Aliás, o mesmo raciocínio vale para os casos em que são impugnados apenas um ou alguns capítulos da sentença.

Estabelecida essa premissa, há de convir-se que, no tocante ao regramento legal dado à ação rescisória, o CPC 2015 adotou apenas em parte a teoria dos capítulos de sentença. Isso pois, consoante leciona José Tadeu Neves Xavier, a aceitação integral da teoria acarretaria:

(a) a existência de prazos distintos para o ajuizamento da ação rescisória em relação a cada capítulo da sentença; (b) a viabilidade de propositura de mais de uma ação rescisória em relação ao mesmo pronunciamento judicial e, (c) a existência de mais de um juízo competência (sic) para

⁶⁰² SENRA, op. cit., p. 112.

⁶⁰³ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 564.

⁶⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii*. *Breves comentários do Código de Processo Civil [livro eletrônico]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2115.

receber esta ação, conforme o grau em que o capítulo em questão veio a transitar em julgado⁶⁰⁵.

Por conseguinte, ao antever a unificação do prazo decadencial da rescisória, em desveneração ao melhor entendimento sobre o tema, o Código atrai as mesmas reprovações direcionadas ao juízo consolidado pelo STJ na vigência do Código de Buzaid.

Com efeito, o reconhecimento mesmo de que a coisa julgada pode, no curso do processo, constituir-se de maneira fragmentada leva à insofismável conclusão da possibilidade de existência de uma variedade de ações rescisórias, todas elas – demandas autônomas que são – com biênio decadencial próprio, nos termos do que pontifica Athos Gusmão Carneiro:

O pressuposto é o de que o pedido da parte, e portanto a resposta contida na sentença (ou no acórdão), contenha capítulos autônomos, destacáveis, suscetíveis de dar origem a diferentes prestações jurisdicionais.

Como decorrência lógica, a coisa julgada poderá formar-se em determinado momento para um dos capítulos da '*res in iudicium*', em momento diferente para outro capítulo. Assim, não haverá unidade de *dies a quo* para o biênio do ajuizamento da eventual demanda rescisória⁶⁰⁶.

De ver-se que o entendimento perfilhado pelo STJ, incorporada pelo CPC 2015, deu-se num contexto de justa preocupação da Corte com a possibilidade de tumulto processual ante a propositura de diversas ações rescisórias contra as decisões progressivamente alcançadas pela coisa julgada. Máxime pela inevitável contagem do prazo decadencial em relação a cada uma das decisões.

No entanto, como observa com habitual acuidade Barbosa Moreira, em crítica feita a tradicional posição da Corte, prazo único não corresponde necessariamente à ação única:

Realmente: suponha-se que, com referência a uma parte do mérito, a causa haja sido definitivamente julgada no segundo grau, por acórdão do qual, nessa parte, ninguém recorreu; e que, para a parte restante, tenha sobrevivido resolução do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial. Ainda que se entenda correr só a partir daí o biênio decadencial, inclusive para o acórdão da apelação, nem por isso se preexcluirá uma eventual dualidade de rescisórias.

⁶⁰⁵ RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (Org). *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 137.

⁶⁰⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação rescisória, biênio decadencial e recurso parcial. Associação Brasileira de Direito Processual Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Athos%20Gusm%C3%A3o%20Carneiro%20formatado.pdf>. Acesso em: nov. 2016.

*Prazo único não significa necessariamente ação única*⁶⁰⁷.

Nesse sentido, igualmente esclarecedora é a doutrina de Pontes de Miranda:

A ação rescisória é proponível desde que transitou em julgado a decisão que se quer rescindir. A relação jurídica processual pode ainda estar pendente de sentença que a faça cessar. A afirmativa de que, pendente a lide, ainda não há coisa julgada formal, é falsa. Se transitou em julgado decisão que não foi a final, coisa julgada formal estabeleceu-se para o ponto ou os pontos dessa decisão⁶⁰⁸.

Tais ensinamentos mostram-se ainda mais fatuais no atual contexto normativo. É que o próprio CPC 2015, como consabido, autorizou explicitamente o manejo de ação rescisória tencionando rescindir um único capítulo da decisão (art. 966, § 3º), com o que não se poderia, mesmo antes da *última decisão proferida no processo*, obstar o aviamento imediato de rescisória contra decisão parcialmente revestida pela coisa julgada material.

Nesse trilho, permitir-se que no bojo de um mesmo processo diversas ações rescisórias sejam ajuizadas antes mesmo fluxo do biênio decadencial, de maneira, a promover, na prática, o alargamento do prazo para ajuizamento da ação rescisória. Destarte, teoricamente, o sujeito que pretende rescindir uma parcela irrecorrível de determinada decisão poderá tanto ajuizar de imediato a ação rescisória, com fulcro no permissivo legal do art. 966, § 3º; quanto aguardar a última decisão proferida no processo, porque é partir daí que legalmente inicia-se o prazo decadencial para rescisão, na esteira do art. 975.

É o que leciona Wambier, interpretando as disposições do CPC 2015:

O termo final, diz a nova lei, é o último dia do segundo ano contado a partir da última decisão que transitou em julgado. E o termo inicial será variável, em função da decisão que se pretende rescindir. Isto significa que só a última decisão transitada em julgado terá dois anos para ser rescindida. As outras terão mais do que isso.

Portanto, a rescisória pode ser movida desde logo. Mas o prazo não se esgota, se o autor da eventual rescisória preferir esperar que haja trânsito em julgado de todas as decisões. No entanto, a competência pode variar, em função do órgão em que transitou em julgado a decisão que se pretende rescindir, podendo haver, portanto, afinal, várias rescisórias concomitantes⁶⁰⁹.

Por isso, sugere-se até mesmo que o CPC 2015, despropositadamente,

⁶⁰⁷ MOREIRA, op. cit., p. 102.

⁶⁰⁸ MIRANDA, op. cit., p. 377.

⁶⁰⁹ WAMBIER, op. cit., p. 625.

estabeleceu verdadeira condição resolutive legal – “última decisão proferida no processo” – para indicação do início do prazo decadencial da demanda rescisória. Isso porque:

é razoável afirmar que haverá situação em que a coisa julgada ficará sujeita a rescisória sem fixação imediata de seu termo final, que irá depender de uma condição resolutive (última decisão no processo) e do interesse processual do autor em, por exemplo, suspender e desconstituir uma decisão que antecipou parcialmente o mérito ou um dos capítulos de um pronunciamento de mérito⁶¹⁰.

De rigor, outrossim, verificar que, embora reconhecendo a teoria dos capítulos de sentença e autorizando a rescindibilidade capitular de decisões, ao unificar o prazo decadencial da ação rescisória, em última consequência, “quer dizer que o trânsito em julgado ocorre em um único momento, com o que o novo Código expressamente rejeitou a possibilidade de formação da coisa julgada por capítulos”⁶¹¹.

É em função disso, aliás, que se anuncia, no âmago da doutrina, a suposta inconstitucionalidade do art. 975, justamente por obstar a possibilidade de formação parcelada da coisa julgada. Nesse sentido, assinala Theodoro que:

(...) o dispositivo do art. 975, que unifica o prazo da ação rescisória, sem respeitar a formação parcelada da *res iudicata*, padece de incontestável inconstitucionalidade. O STF, analisando justamente a Súmula nº 401 do STJ, que serviu de base para a regra do NCPC, abordou o seu conteúdo para, reconhecendo a natureza constitucional do tema, reafirmar que, à luz da garantia do art. 5º, XXXVI, da CF, não é possível recusar a formação de coisa julgada parcial, quando as questões de mérito se apresentem como autônomas e independentes entre si, e foram submetidas a julgamento que fracionadamente se tornaram definitivos em momentos processuais distintos⁶¹².

De fato, no julgamento do já mencionado RE nº 666.589/DF, o Supremo Tribunal Federal afastou a tese da unitariedade e indivisibilidade da causa, porquanto, no entender da Corte, essa posição encerra violação à garantia da coisa

⁶¹⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta. Decisão rescindível e o novo CPC. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/artigo-rescisorianoNCPC-marco2015.pdf>. Acesso em: nov. 2016.

⁶¹¹ MARINONI, op. cit., p. 627. Defendendo posição diversa, WAMBIER aduz que “o NCPC abandonou de vez o dogma de que a decisão de mérito deve ser una. Admite expressamente que haja coisas julgadas formadas em momentos diferentes no mesmo processo. Portanto, a parte pode pretender rescisão de apenas um dos capítulos da decisão.” (WAMBIER, op. cit., p. 619).

⁶¹² THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 564.

julgada, nos termos em que prevista no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Maior. Assim, para o STF, o “prazo para formalização da rescisória, em homenagem à natureza fundamental da coisa julgada, só pode iniciar-se de modo independente, relativo a cada decisão autônoma, a partir da preclusão maior progressiva”⁶¹³.

Sobressaiu, com acerto, a clássica lição de Barbosa Moreira de acordo com a qual:

a) Ao longo de um mesmo processo, podem suceder-se duas ou mais resoluções de mérito, proferidas por órgãos distintos, em momentos igualmente distintos; b) todas essas decisões transitam em julgado ao se tornarem imutáveis e são aptas a produzir coisa julgada material, não restrita ao âmbito do feito em que emitidas; c) se em relação a mais de uma delas se configurar motivo legalmente previsto de rescindibilidade, para cada qual será proponível uma ação rescisória individualizada; d) o prazo de decadência terá de ser computado caso a caso, a partir do trânsito em julgado de cada decisão⁶¹⁴.

Dessa forma, ao que tudo indica, se mantida a tradicional posição do Pretório Excelso, numa futura apreciação, a Corte tenderá por declarar a inconstitucionalidade do art. 975, por transgressão ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Com efeito, a tese da inconstitucionalidade do dispositivo ganha ainda mais força quando trazido ao cerne da desavença o princípio constitucional da igualdade. É que o art. 356, § 3º, do CPC 2015, por exemplo, permite a execução definitiva de decisão parcial coberta pela coisa julgada, com o que, não promovida a execução pelo credor no prazo prescricional, haverá prescrição da pretensão executória. Por isso, questiona-se com razão:

A coisa julgada faz disparar, em desfavor do credor o início do prazo prescricional, mas não faria disparar, em desfavor do devedor, o início do prazo decadencial para propor a ação rescisória? O credor passa a ter um prazo para executar; o devedor, um prazo indefinido para propor a ação rescisória. Essa situação é, claramente, uma ofensa ao princípio da igualdade⁶¹⁵.

Além do mais, a isonomia das relações também se afigura corrompida pelo fato de que o início do biênio decadencial da rescisória inevitavelmente dependerá da melhor sorte dos recursos nas instâncias superiores, de modo que, se em

⁶¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 666589, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 02-06-2014 PUBLIC 03-06-2014.

⁶¹⁴ MOREIRA, op. cit., p. 62.

⁶¹⁵ DIDIER, op. cit., p. 463.

determinadas situações o prazo tão logo iniciará, em outras tal ocorrerá somente após vários anos do efetivo trânsito parcelar.

De afastar-se, também, o argumento consoante o qual a solução dada pelo CPC 2015 – em compasso com a jurisprudência do STJ – evita tumultos processuais decorrentes do eventual ajuizamento de diversas demandas rescisórias, preservando, supostamente, a segurança jurídica. É que, na verdade, ao que se percebe, a aplicação da regra estampada no art. 975 afronta à segurança das relações. Isso exatamente em função da possibilidade de desconstituição da coisa julgada em prazo muitíssimo superior ao de dois anos.

Assim, se de um lado há o justo receio relativo à dificuldade de verificação da data do trânsito das diversas parcelas decididas e que, portanto, tornaram-se irrecorríveis; do outro, há uma instabilidade ainda maior provocada pela eventualidade de rescisão de decisão comportando fração da demanda não só revestida pela coisa julgada, mas também amplamente consolidada no tempo.

Por tudo, relativamente à rescisória, para além de desconsiderar parcialmente a teoria dos capítulos de sentença, negando-se, também em parte, a possibilidade de trânsito em julgado parcial, o CPC 2015, especificamente em seu art. 975, está eivado de inconstitucionalidade por atentado contra os princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como desrespeito à regra do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Neste artigo, pretendeu-se, basicamente, sob a perspectiva da teoria dos capítulos de sentença e da formação da coisa julgada progressiva, verificar a possibilidade de rescisão imediata de capítulos de sentença alcançados pela autoridade da coisa julgada, bem como o modo de contagem do biênio decadencial da ação rescisória parcial.

Para isso, primeiramente foram tecidas breves considerações gerais sobre a ação rescisória e a coisa julgada no direito brasileiro. Em seguida, inseriu-se na análise a teoria dos capítulos de sentença. Nesse ponto, concluiu-se que a sentença, ainda que formalmente una, via de regra, contém mais de uma decisão, razão por que se afirma que o seu dispositivo pode ser ideologicamente fragmentado em parcelas, cada qual contendo decisão autônoma e independente.

Assim, como consequência da admissão da fragmentação das sentenças em capítulos autônomos e independentes, autorizando a interposição imediata de

recurso parcial, averiguou-se que aquelas parcelas que não foram objeto de impugnação são desde já revestidas pela imutabilidade da coisa julgada, emergindo daí a ideia de coisa julgada progressiva. Em função disso, argumentou-se que no desenrolar do processo há tantas ações rescisórias quantas as decisões transitadas em julgado.

Todavia, verificou-se que, no âmbito dos tribunais, a aceitação da teoria dos capítulos de sentença e do fenômeno da coisa julgada progressiva nunca foi pacífica. Apurou-se, em resumo, que o STJ prestigiou ideal de unicidade e indivisibilidade da coisa julgada e da própria ação rescisória, o que desencadeou na conclusão sumulada de que o biênio decadencial da ação rescisória somente se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial (Súmula 401).

Por sua vez, o TST e o STF firmaram sua jurisprudência no sentido de acolhimento integral da teoria dos capítulos. O STF, aliás, em decisão emblemática, afastou o entendimento instrumentalizado na Súmula 401 do STJ, porquanto entendeu que tal violaria o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Na ocasião, a Corte observou que a coisa julgada pode ocorrer de forma progressiva quando fragmentada a sentença em partes autônomas, de maneira que o biênio decadencial para a propositura da rescisória inicia-se com o trânsito da parcela não mais sujeita a recurso e, portanto, coberta pela coisa julgada.

Outrossim, demonstrou-se que CPC 2015, diferentemente do CPC 1973, de forma geral recepcionou a teoria dos capítulos de sentença. No entanto, relativamente ação à rescisória, o Novo Código desconsiderou parcialmente os efeitos da teoria. Isso porque, embora prevendo expressamente a figura da rescisória parcial, estabeleceu, na linha do entendimento do STJ, que o direito à rescisão extingue-se em dois anos contados após a última decisão proferida no processo.

Por último, concluiu-se que, tendo o art. 975 do CPC 2015 afastado parcialmente a possibilidade de formação da coisa julgada por capítulos, o STF, quando instado a manifestar-se sobre o dispositivo, tenderá pela declaração de sua inconstitucionalidade por desrespeito à regra do art. 5º, inciso XXXVI, da Carta da República, além de violação aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Decisão rescindível e o novo CPC – aspectos polêmicos e atuais*. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/artigo-rescisorianoNCPC-marco2015.pdf>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro DE 1942*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Súmula 401*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1352730/AM, Relator(a): Min. Raul Araújo, Corte Especial*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016

_____. *Superior Tribunal de Justiça. REsp 212.286/RS, Relator(a): Min Hamilton Carvalhido, Sexta Turma*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016

_____. *Superior Tribunal de Justiça. EREsp 404.777/DF, Relator(a): Min. fontes de Alencar, Relator(a) p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016

_____. *Superior Tribunal de Justiça. REsp 863.890/SC*, Relator(a): Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Súmula 354*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Supremo Tribunal Federal. AP 470 Décima Primeira-QO/MG*, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Supremo Tribunal Federal. AR 903*, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Supremo Tribunal Federal. AR 1472*, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Supremo Tribunal Federal. RE 666589*, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 100*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: nov. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2007.

_____. *Lições de direito processual civil vol I. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012.*

_____. *Lições de direito processual civil* vol II. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Ação rescisória, biênio decadencial e recurso parcial*. Associação Brasileira de Direito Processual. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Athos%20Gusm%C3%A3o%20Carneiro%20formatado.pdf>. Acesso em: nov. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie et alii. *Curso de direito processual civil* vol. II. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil* vol. III. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* vol. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme et alii. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil* vol V. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

_____. *Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 29. ed. 2006.

RUBIN, Fernando; REICHELDT, Luis Alberto (Org). *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil vol. VI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SENRA, Alexandre. *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília: ESMPU, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil - volume I*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii*. *Breves comentários do Código de Processo Civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

CONCEPT OF AFFECTION ABANDONMENT AND CIVIL LIABILITY

Thais Ferreira de Almeida

SUMÁRIO

Introdução; 1 - Função social da família; 1.1 – Conceito de família; 1.2 – Importância da família; 1.3 – Direito à convivência familiar; 2 - Conceito de abandono afetivo; 3 - Dever de amar x dever de cuidar; 4 – Responsabilidade civil no Direito de Família; 5 - Análise de algumas decisões sobre abandono afetivo; Conclusão; Referências;

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise da conceituação do abandono afetivo, especialmente quanto à diferenciação do dever de amar e cuidar da prole. Através da análise doutrinária e jurisprudencial do tema, notou-se que o amor é um sentimento subjetivo e relacionado às emoções, enquanto o cuidado é uma conduta objetiva, uma atitude do genitor de prover atenção, zelo e educação ao seu filho. Concluiu-se que, para a doutrina, é possível um genitor cuidar de seu filho (atitudes e condutas concretas), cumprindo seus deveres legais, e ainda assim, não o amar (sentimento e emoções internas do genitor). O trabalho ainda faz uma análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, e de alguns outros Tribunais que ainda não aceitam a ideia de que o abandono afetivo pode ser indenizável.

Palavras-chave: Abandono afetivo; Responsabilidade Civil; Amor; Cuidado; Sentimento; Conduta;

ABSTRACT:

The present work analyzes the conceptualization of affective abandonment, especially regarding the differentiation of the duty to love and care for the offspring. Through the doctrinal and jurisprudential analysis of the theme, it was noted that love is a subjective and emotion-related feeling, while care is an objective behavior, an attitude of the parent to provide attention, zeal and education to his child. It was concluded that, for the doctrine, it is possible for a father to take care of his son (concrete attitudes and behaviors), fulfilling his legal duties, and still not to love him (feeling and inner emotions of the parent). The work also demonstrates a jurisprudential analysis of the subject, and the controversy of the courts to conceptualize the abandonment affective indemnity, necessitating the verification of several factors that immensely impede the judicial access of the abandoned child to the judicial benefit that is due to him.

KEY-WORDS:Affective abandonment; Civil responsibility; Love; Caution; Feeling; Conduct;

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o conceito de abandono afetivo e sua correlação com a responsabilidade civil. A razão da escolha deste tema ocorreu a partir do aparente conflito existente na doutrina quanto à possibilidade de indenizar o filho abandonado afetivamente pelo genitor. Constatou-se que a divergência se dava em razão da possibilidade ou não de se impor aos pais o dever de amarem seus filhos. No entanto, os defensores da corrente favorável à indenização salientam que não há uma imposição de amar, e sim o dever de cuidar da prole. Para estes, o amor possui um caráter subjetivo, sentimental e interno do indivíduo; já o cuidado teria um caráter objetivo, comportamental e de conduta, portanto, passível de imposição estatal.

Por tudo isso, questiona-se se a condenação indenizatória de danos morais por abandono afetivo está realmente relacionada à ausência de sentimento amoroso dos pais em relação aos seus filhos, ou à ausência de condutas e atitudes objetivas e concretas de cuidado, zelo e educação por parte do genitor?

Segundo uma análise preliminar da matéria, parece-nos que só seria possível condenar o genitor negligente em razão de condutas específicas e objetivas e não em razão de emoções e sentimentos internos do mesmo. Ainda assim, tudo isso será analisado no decorrer do presente trabalho até que se chegue a uma conclusão do tema.

O tema analisado é de suma importância social, tendo em vista a grande quantidade de processos que chegam aos tribunais tratando de casos de abandono parental afetivo. Diante da larga escala de julgados do tema, vemos que se faz necessária uma padronização dos conceitos de abandono afetivo, e ainda dos seus critérios de caracterização; tudo isso, em primazia ao Princípio da Segurança Jurídica.

O eixo metodológico deste trabalho é dogmático e instrumental, uma vez que utiliza a doutrina e a legislação, assim como alguns julgados, especialmente do Superior Tribunal de Justiça. Como marco teórico deste trabalho tivemos o doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira, que é Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, e foi o pioneiro na defesa dos interesses do menor que tenham sofrido abandono afetivo.

Para chegar à finalidade do trabalho, iniciou-se a pesquisa através da evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes no decorrer da história, uma vez que a prevenção do abandono afetivo tem por fim justamente proteger o infante. Em seguida, passa-se a uma análise da importância da família, e sua função social. A partir desse ponto, este trabalho passa a analisar os conceitos de abandono afetivo nas referências utilizadas, para em seguida estudar a diferenciação de um suposto dever de amar e o dever de cuidado. Após tudo isso, ainda se fez necessário observar os aspectos de correlação entre a Responsabilidade Civil e o Direito de Família, tendo em vista que a posição da doutrina durante anos foi no sentido de impossibilitar indenizações entre membros da mesma família. Como desfecho, este trabalho analisa alguns julgados dos tribunais, para constatar quais são aqueles que ainda resistem à posição pacificada no STJ de que o abandono afetivo é passível de indenização. Ainda quanto aos julgados, analisa-se também as posições dos Ministros do STJ a respeito dos critérios de caracterização necessários à indenização por abandono afetivo.

1 – DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

1.1 – O Conceito de família

Antes de aprofundar os nossos conhecimentos no assunto deste trabalho, precisamos conhecer o nosso objeto de estudo, que é a família.

Se nos pautamos em doutrinadores mais conservadores para chegar a uma definição de família, podemos acolher o conceito de Clóvis Beviláquia que definia a família como:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende, ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie⁶¹⁶.

Há também alguns doutrinadores que consideram que família está intrinsecamente ligada ao casamento dos genitores. Entre eles podemos citar Orlando Gomes, que assim afirma:

Somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social⁶¹⁷.

Antes da Constituição de 1988, o que regulava o direito das famílias era o Código Civil de 1916, conhecido por seu caráter patrimonialista. Assim, alguns doutrinadores como Leonardo Barreto Moreira Alves afirmam que a família era mantida a todo custo, em razão de seu cunho econômico. Para ele “pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não, a dignidade deles era secundária”⁶¹⁸.

Entretanto, a nova Constituição alterou esse pensamento de maneira dinâmica, não só quando reconheceu como entidade familiar “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, tendo um termo muito mais abrangente que o anterior, mas também quando reconheceu como Princípio basilar do nosso ordenamento jurídico a Dignidade da Pessoa Humana, como foi estudado acima. Este Princípio impactou não apenas o tratamento das crianças e dos adolescentes, mas o Direito de Família (senão, o ordenamento jurídico) como um todo.

⁶¹⁶ BEVILÁQUIA, Clóvis, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 16. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito De Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. P. 01.

⁶¹⁷ GOMES, Orlando. Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito De Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 02.

⁶¹⁸ LIMA, Ricardo Alves de. Função social da família: família e relações de poder – transformação funcional familiar a partir do direito privado. Curitiba: Juruá, 2013, p. 56. In: CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

Para Rodrigo da Cunha Pereira⁶¹⁹, isto é uma evolução para o conceito de família, que abrangeria não só a concepção gerada no âmbito de um casamento, mas também aquela que advir de uma união estável. Dimas Messias de Carvalho vai mais além, e ainda afirma que “a entidade familiar atualmente é reconhecida como uma comunidade de afeto, de ajuda mútua, de realização da dignidade como ser humano”⁶²⁰. Cristiano Chaves Farias e Nelson ROSENVALD também aderem a essa conceituação ampla de Direito de Família, afirmando que:

Funda-se, portanto, a família pós-moderna, em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles⁶²¹.

Nesse sentido, podemos ver que o conceito de família tem sido ampliado exponencialmente, de modo que hoje é muito abrangente. Logo, para todos os efeitos, o conceito de família tradicional tem sido superado pelo conceito atual e moderno, que é baseado na relação afetiva entre os integrantes daquele seio familiar, e não apenas com base no laço sanguíneo.

1.2 - Importância da família

Ao longo dos anos, a família tem sido protegida pelo Estado, em razão de seu caráter essencial ao desenvolvimento sadio da sociedade. Dimas Messias de Carvalho entende que:

A família serve, assim, como ambiente propício para promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, propiciando o alcance da felicidade. A família atual é pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hetero ou homoparental, biológica ou por outra origem (socioafetiva), é uma unidade socioafetivas e possui um

⁶¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito De Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 07.

⁶²⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

⁶²¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Das Famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 05.

caráter instrumental para proteção e realização de seus membros⁶²².

Vemos que, segundo o autor, a família possui um papel fundamental na realização pessoal dos indivíduos que integram aquele núcleo, e especialmente daqueles que ainda estão em fase de crescimento e autoconhecimento. O autor até mesmo destaca que a família auxilia os membros a alcançar a felicidade.

Tratando a respeito da função social da família, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald relembram que desde o surgimento da Constituição Federal, todo e qualquer instituto precisa necessariamente atender a uma função para que possa existir. Ao definir a função social da família, o autor afirma que:

(...) todo e qualquer instituto, necessariamente, tem de cumprir uma função, uma determinada finalidade, a qual precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de desvirtuá-lo da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais. E, naturalmente, não pode ser diferente com o Direito de Família. É o que se pode chamar de função social da família.⁶²³

Maria Berenice Dias traz uma visão ainda mais social e humanitária, afirmando que “a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes”⁶²⁴. Ora, segundo o entendimento da referida doutrinadora, os pais possuem um papel fundamental na criação de sua prole. Atitudes negligentes dos mesmos podem gerar danos psicológicos irremediáveis na vida futura dessas crianças.

⁶²² CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

⁶²³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 73.

⁶²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 98.

Vale salientar ainda os estudos realizados por Cowan e Cowan e mencionados por Isabel Cristina Neves Borges⁶²⁵, em sua dissertação de mestrado, onde destaca que “os filhos de casais conflituosos tendem a ser identificados como mais agressivos e depressivos, bem como evidenciando a tendência para obter resultados acadêmicos mais baixos”.

Entretanto, apesar da suma importância dos fatos narrados, o dever da família vai muito além disso. A família é não só o arcabouço do aprendizado do filho sobre como se desenvolver em sociedade – mas também é a base afetiva de desenvolvimento da criança.

Alguns autores, como Romualdo Baptista⁶²⁶ afirmam que “a família é o lugar onde ela [a afetividade] surge e se expressa, constituindo e desenvolvendo a personalidade dos seres humanos”. O autor⁶²⁷ ainda segue afirmando que se considerarmos a afetividade como uma necessidade de todo ser humano, então, dentro do ambiente familiar haveria sim o dever jurídico de que todos supram as necessidades afetivas uns dos outros.

Na mesma obra, o autor faz uma interessante observação. Para o ele, demonstrar condutas afetivas é um dever dos pais, independente de sentirem esse carinho e afeição pelo filho ou não. O filho tem o direito de ser cuidado de modo afetuoso, independente do amor de seus pais. Nas palavras do autor:

Não custa nada lembrar que o *comportamento afetivo* é aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo do agente no momento da ação, enquanto o *comportamento pró-afetivo* não guarda necessariamente esta relação com sentimentos, as emoções e as paixões que dominam o psiquismo da pessoa, no instante em que se comporta. O Direito pode exigir que alguém se comporte de determinado modo, mesmo que a conduta não corresponda ao real

⁶²⁵ BORGES, Isabel Cristina Neves. **Qualidade da Parentalidade e o Bem-Estar da Criança**. 2010, p. 60. Dissertação. (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia e Ciência da Educação de Coimbra. Coimbra/POR.

⁶²⁶ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica Da Afetividade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 154.

⁶²⁷ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op. Cit., p. 155.

estado afetivo do obrigado, como acontece, por exemplo, quando impõe que o contratante aja com lealdade e boa-fé objetiva.⁶²⁸

Concluimos então, que é possível um genitor ter um comportamento afetuoso com seu filho, mesmo sem estar sentindo amor ou carinho ou afeto pela criança. E ele tem a obrigação de ter essa conduta, porque a sua demonstração de afeto é fundamental para o desenvolvimento do infante.

Em razão de todos os fatos narrados, podemos concluir que a família é fundamental para o desenvolvimento da sociedade. E é exatamente por isso, que o direito decidiu regular a matéria, e pouco a pouco, o Estado tem tentado à sua maneira, contribuir para o bom desenvolvimento das famílias.

1.3 - Direito à convivência familiar

A convivência familiar é um direito fundamental de toda criança, garantido constitucionalmente, através do artigo 227 da CF, e art. 4º do ECA, com o fim de fornecer um bom desenvolvimento ao infante.

Kátia Regina F. L. A. Maciel ao conceituar este direito traz as seguintes palavras:

Podemos conceituar a convivência familiar como o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidados mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente)⁶²⁹.

Vale ressaltar, que quando a lei e a Constituição garantiram o direito da criança à convivência familiar, não se trata apenas de sua família natural e consanguínea. A convivência familiar pode ser exercida através de tios, avós, pais adotivos, tutores, etc. Isto porque, o que importa aqui não são

⁶²⁸SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op. Cit., p. 156.

⁶²⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 134.

os laços consanguíneos, e sim o afeto e cuidado advindo da relação. Fachinnetto afirma que:

Tal direito não significa apenas o fato de nascer e viver em uma família, mas vai muito além disso, expressando o direito a ter vínculos afetivos através dos quais a criança se introduz em uma cultura e em uma sociedade tornando-se, de fato e de direito, cidadã.⁶³⁰

Kátia Maciel⁶³¹ entende que a convivência familiar funciona como um “porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente”. E essa posituação é importante, uma vez que muitas famílias ficam desestruturadas após o fim do vínculo conjugal dos pais, de modo a afetar diretamente a convivência dos mesmos com os filhos. Bernardo Jablonski, em um artigo científico publicado pela PUC-RJ, apresenta o seguinte estudo:

Os dados relativos a essa pesquisa apontaram para o papel limitado exercido pelos pais que não moram com seus filhos, já que três entre cinco crianças não tinham visto seus pais biológicos não residentes, no último mês.⁶³²

Vemos então, que após a separação dos pais, o progenitor que deixa o lar e se separa fisicamente da prole, muitas vezes se separa afetivamente também. Trata-se de um período muito longo de afastamento para o psicológico de uma criança, de modo que vale levantar o questionamento que o autor faz mais a frente, quando afirma que “Será que, após a separação, além de considerarem os cônjuges como ex, as crianças, em alguns casos, entram na categoria de ex-filhos?”.

Tal afirmativa não pode prevalecer em nosso ordenamento, uma vez que a responsabilidade pelos filhos é de ambos os pais e não apenas

⁶³⁰ FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito À Convivência Familiar E Comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

⁶³¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 135.

⁶³² JABLONSKI, Bernado. **Paternidade: considerações sobre a relação pais-filhos após a separação conjugal**. 2010, p. 60. Artigo científico – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – RJ, p. 6.

daquele que detém a guarda da criança. O direito à convivência familiar entra exatamente nesse aspecto, uma vez que a criança necessita do convívio com seus pais (naturais ou afetivos) para se desenvolver plenamente como ser humano, conforme foi demonstrado nas linhas acima. Os institutos familiares estão intrinsecamente ligados à formação do menor de maneira plena e eficaz, de modo que podemos constatar a importância desses laços afetivos no desenvolvimento da criança.

Por tudo isso, é que os pensadores começaram a concentrar seus estudos quanto aos casos em que o genitor provê o alimento material ao filho, mas não garante a ele cuidados, educação e afeto. Situação que hoje é denominada abandono afetivo.

2 – O CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO

O conceito de abandono afetivo ainda é um tema polêmico entre a doutrina, de modo que sua conceituação ainda é extremamente controversa. É datada de um longo histórico conceitual, cujas correntes variam entre doutrina e jurisprudência. Já há muitos anos que a doutrina vem argumentando que o provimento alimentar material não é suficiente para a formação do infante e não é o único dever do ascendente em relação à sua prole. Nesse sentido, havendo descumprimento de uma obrigação legal que causa dano a outrem, é conduta indenizável civilmente, nos moldes do art. 186 do Código Civil.

Entretanto, por muitos anos, os tribunais brasileiros vieram refutando a ideia de que o abandono afetivo poderia gerar um dano moral indenizável ao filho, exatamente em razão dos limites que ainda existiam entre o Direito de Família e a responsabilidade civil que serão narrados no próximo capítulo. Durante esse período, a única medida aplicada aos pais omissos era a perda do poder familiar – praticamente um prêmio ao genitor que negligenciava sua prole descaradamente.

Vejamos as palavras do Ministro Humberto Gomes de Barros, em decisão do STJ no ano de 2004, onde determinou que “caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência

do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶³³.

Entretanto, apesar do entendimento dos tribunais, pudemos notar que o tema foi se tornando cada vez mais difundido no meio acadêmico, especialmente em razão dos Congressos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) que passou a dar prioridade ao tema. Alguns doutrinadores, como Rodrigo da Cunha Pereira⁶³⁴, que é também Presidente Nacional do IBDFAM desde a sua criação, passaram a versar sobre o tema em suas obras com grande afinco.

Inclusive, diversas iniciativas legislativas foram criadas no sentido de regular o abandono afetivo. Temos o Projeto de Lei nº 4.924/08, originado na Câmara dos Deputados, que acrescenta um parágrafo único ao art. 1.632 do Código Civil, determinando expressamente que “o abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”.

Já o Projeto de Lei nº 700/07, iniciou a votação no Senado Federal, tendo sido votado e aprovado pela Casa Legislativa, acrescentando o §2º ao art. 4º do ECA, afirmando que “compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência afetiva, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento”. Após a aprovação do Senado, o Projeto de Lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 3212/2015, que está atualmente na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Tudo isso, demonstra o clamor social a respeito de uma intervenção do Estado em proteção à criança ou adolescente que se encontra em condição de abandono afetivo, em relação a um genitor que não lhe presta cuidados, educação e atenção.

⁶³³ BRASIL, STJ - RESP: 275568/RJ, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 18/05/2004, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/08/2004 p. 267.

⁶³⁴ O artigo “Pai, porque me abandonastes?” de Rodrigo da Cunha Pereira, é datado de 2004, e já tratava sobre o abandono afetivo paterno. O texto foi publicado no livro **Temas Atuais De Direito E Processo De Família**, sob a Coordenação de Cristiano Chaves Farias.

E assim, no ano de 2012, o STJ alterou seu entendimento, concluindo que o abandono afetivo pode ser indenizável na esfera civil. Nesse sentido:

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois o sofrimento causado à filha caracteriza o dano in reipsa, traduzindo-se em causa eficiente à compensação.⁶³⁵

Entretanto, ao analisarmos a doutrina pátria, como vemos nas obras de Dimas Messias de Carvalho⁶³⁶ e Andrea Amin⁶³⁷, iniciam-se os argumentos dissertando sobre a importância da convivência familiar no desenvolvimento da criança, passam para o dever legal e constitucional de prestar assistência imaterial, e já concluem com a análise do dever de indenizar a conduta, sem nem mesmo mencionar o seu conceito.

Alguns poucos doutrinadores se dedicam a uma conceituação do tema, de modo que podemos citar Rodrigo da Cunha Pereira⁶³⁸, que apesar de sucinto, foi um dos poucos autores a confrontar o tema. Para o autor,

O abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais.

Para o referido jurista, portanto, o abandono afetivo está concentrado na omissão do pai ou da mãe com relação às suas funções legais pré-estabelecidas. Nas palavras do autor “a relação paterno-materno-filial exige compromisso e responsabilidade e por isso é fonte de obrigação

⁶³⁵BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

⁶³⁶CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

⁶³⁷AMIM, Andrea Rodrigues. Coordenação: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança e Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 51.

⁶³⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Coord: MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. Artigo: Responsabilidade civil por abandono afetivo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 403.

jurídica”. Completando este entendimento de forma mais abrangente, Kátia Maciel afirma que:

O papel dos pais, derradeiramente, não se limita ao aspecto patrimonial da relação paterno-filial. A assistência emocional também é uma obrigação legal dos genitores, sob o aspecto existencial, de acordo com a norma constitucional do art. 229, interpretada extensivamente. Esta norma legal engloba, além do sustento, a assistência imaterial concernente ao afeto, ao cuidado e ao amor. A assistência imaterial traduz-se no apoio, no cuidado, na participação na vida do filho e no respeito por seus direitos da personalidade como direito de conviver no âmbito da família⁶³⁹.

Seguindo essa linha de raciocínio, entendemos que o desrespeito a um desses direitos intrínsecos a toda criança e adolescente é onde se configura a omissão dos pais, que caracteriza o abandono afetivo. Nesse sentido, Katia Maciel ainda conclui que,

Se para os pais a visitação é um direito e um dever, dever esse que se insere no dever de assistência ao filho, para o filho configura um direito irrenunciável, o qual deve ser coativamente imposto aos pais, quando espontaneamente não quiserem cumpri-lo⁶⁴⁰.

E em geral, esse tem sido o posicionamento da doutrina quanto ao abandono afetivo. Entretanto, quando nos deparamos com a realidade dos tribunais, vemos que alguns Magistrados têm tido um entendimento diferente do que caracterizaria o abandono parental imaterial. Alguns consideram um aspecto mais amplo do conceito de abandono afetivo, e nesse caso, vale citar novamente o emblemático caso do Recurso Especial nº 1.159.242, sob Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, onde o Ministro Sidnei Beneti, em seu voto vista afirma que:

⁶³⁹MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. P. 181.
MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso De Direito Da Criança E Do Adolescente**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 165.

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, exteriorizando-se o abandono em atos concretos como aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos, falta de carinho, afeto, amor, apoio moral, falta de auxílio em despesas médicas, escolares, vestuário e reconhecimento da paternidade apenas na esfera judicial, após longa resistência do genitor, pois está caracterizada a omissão efetiva do pai⁶⁴¹.

Apesar desse posicionamento do Ministro, temos outros julgados muito mais restritos, como no caso do Ministro Moura Ribeiro, que entende que os casos elencados acima não são suficientes para configurar o dano moral. Para este, o abandono afetivo vem de um verdadeiro desprezo do genitor pelo infante, e essa situação humilhante é que seria capaz de gerar dano moral.

No Recurso Especial 1.557.978/DF, dentre várias afirmações que corroboram o entendimento supracitado, vale ressaltar a afirmação do Ministro Moura Ribeiro quando diz que “o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor”⁶⁴². Esse ponto é importante porque, segundo o entendimento do Ministro Moura Ribeiro, só há abandono afetivo diante de uma flagrante rejeição paterno-maternal, e não diante apenas da omissão do genitor no exercício de suas funções incumbidas por lei.

Vemos em algumas palavras do Ministro Moura Ribeiro a sua preocupação com a mercantilização do dano moral através do abandono afetivo. No mesmo voto citado acima, o Ministro afirma que,

Recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as

⁶⁴¹BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

⁶⁴²BRASIL, STJ – RESP 1557978/DF Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 17/11/2015.

circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória.

Dessa forma, podemos entender que o abandono afetivo é caracterizado pela omissão paterno-materna, assim como preconizado pela doutrina citada acima. Entretanto, se nos pautarmos pela jurisprudência pátria, não é todo e qualquer abandono afetivo que é capaz de gerar indenização. A bem da verdade, o tema ainda é tão polêmico nos tribunais, que se considerarmos a divergência de entendimento dos julgadores, podemos concluir que a decisão será tomada a depender de qual dos Magistrados que julgará a causa.

Abandono afetivo, como conceito, não se restringe apenas aos casos práticos que a jurisprudência entendeu que eram indenizáveis. O judiciário tem o dever de se preocupar com o impacto social de suas decisões. Isto se dá até por um caráter social das medidas judiciais. Se todo abandono afetivo coubesse medidas indenizatórias, acabaria banalizando o instituto, uma vez que se poderia condenar um genitor que morou dentro da casa do menor por toda a vida, sem que lhe tenha prestado a devida atenção. Essa atitude omissa dos pais, leva o filho a uma vulnerabilidade sem medidas e abarca o conceito de abandono afetivo. Mas na linha da jurisprudência pátria, de maneira nenhuma seria cabível indenização pela conduta.

Ao que nos parece, o conceito de abandono afetivo é amplo e pouco definido. Mas a grande questão é que, para fins judiciais, não basta demonstrar que está caracterizado o abandono afetivo apenas. Isto porque, nem todo abandono afetivo é indenizável. É necessário que se demonstre, conforme os julgados recentes, que o genitor demonstrou “desprezo e rejeição” no caso concreto.

3 – DEVER DE CUIDAR X DEVER DE AMAR

Como já foi explanado acima, a possibilidade de responsabilizar civilmente o genitor omissivo ainda é tema polêmico na doutrina, e que mantém a bancada de juristas completamente dividida. De um lado, há aqueles que defendem veementemente a impossibilidade do Estado intervir na vida privada das pessoas, ditando seus deveres e obrigando os pais a amarem seus filhos. De outro lado, há aqueles que defendem que a ausência dos pais gera danos psicológicos e sofrimentos imensuráveis ao infante, de modo que, diante dos danos causados, e do dever legal dos pais cuidarem de seus filhos, está presente uma conduta ilícita que deve ser indenizada.

Em defesa da primeira corrente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.⁶⁴³

Os autores destacam o fato de que o afeto não poderia ser recuperado por meio da ação judicial, que pelo contrário, apenas agravaria a situação paterno-filial. É claro, que a condenação indenizatória não faria com que o genitor, num passe de mágica, passasse a amar o filho. No entanto, a responsabilidade civil, neste caso, possui um caráter mais educativo e tenta até mesmo compensar o filho que passou por tamanho sofrimento. Ao refutar o argumento dos autores acima narrados, Rodrigo da Cunha Pereira argumenta que:

Um pai condenado a indenizar o filho pelo descumprimento da obrigação jurídica de educá-lo certamente se afastará ainda mais do filho. Isto é óbvio! Mas quem opta por entrar na Justiça também já esgotou todas as tentativas de

⁶⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 76.

aproximação e deve ter passado toda a vida esperando e mendigando algum afeto deste pai — mães dificilmente abandonam o filho — e este ato é apenas o seu grito de desespero, já que nada mais podia ser feito.(...)O valor da indenização é simbólico, pedagógico e educativo e até poderia ser destinado a instituições de crianças abandonadas. Não há dinheiro no mundo que pague o abandono afetivo. Isto também é óbvio.⁶⁴⁴

No entanto, o ponto central que alterou o posicionamento da jurisprudência do STJ quanto ao tema, não foi apenas o sofrimento do filho. De fato, se estivéssemos diante de uma imposição estatal para que o genitor ame o seu filho e realmente sinta esse sentimento, estaríamos diante de uma situação que extrapola os limites do Estado. Mas, para a Ministra Nancy Andrighi, Relatora do voto que alterou o entendimento da Corte Superior, não se trata de uma obrigação de amar o filho (sentimento) e sim de um dever de cuidar de sua prole (atitude).

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.⁶⁴⁵

Ao diferenciar ambos os institutos – do amor e do cuidado – a Ministra demonstra que o genitor não precisa sentir afeição e amor pelo seu filho, mas tem o dever legal de cuidar do menor, educando-o e fazendo-se presente no crescimento do mesmo. Em suas palavras:

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tismado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e

⁶⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Afetividade Como Fonte De Obrigação Jurídica**. 2012. Artigo Científico publicado pelo CONJUR.

⁶⁴⁵ BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.⁶⁴⁶

Logo, podemos ver que o Estado não está obrigando os pais a amarem uma criança, e sim, obrigando os genitores a zelarem, cuidarem e educarem daquele ser que eles trouxeram ao mundo. Destaca-se, portanto, a separação crucial entre amar e cuidar. Enquanto um é sentimento, o outro é uma ação, uma atitude, um comportamento.

Em sequência ao capítulo anterior, é devido lembrar que tal diferenciação se faz crucial até mesmo para conceituar o abandono afetivo.

Segundo o posicionamento narrado no presente capítulo, para parte da doutrina, estaria abandonando afetivamente o seu filho não aquele genitor que não sente amor e afeto pela criança, mas sim, aquele que deixa de cumprir o seu dever como genitor, de cuidar, zelar, proteger e educar o menor. É importante lembrar as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira: “Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação”⁶⁴⁷.

Para o autor, o afeto é um aspecto objetivo do amor. O amor subjetivo é tido como um sentimento, uma emoção, e está mais relacionado com a sensação em si, do que com uma ou outra determinada conduta. Já o afeto está relacionado a “instruir, educar, formar”⁶⁴⁸. Seria cabível até mesmo uma comparação com o Princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a boa-fé em si, possui um caráter subjetivo nato, que está relacionado à intenção

⁶⁴⁶ BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

⁶⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Coord: MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil no direito de família. P. 403

⁶⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Coord: MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil no direito de família. P. 403.

interna do agente em fazer o correto. No entanto, o direito civil adaptou o conceito através do Princípio da boa-fé objetiva, que se pauta não pelo sentimento e a intenção do agente e sim pela conduta prática e concreta realizada no mundo dos fatos.

Seguindo essa linha de raciocínio, seria totalmente possível o genitor ser cuidadoso e zeloso com seu filho, educando-o e cumprindo com seus deveres legais, e ainda assim, não o amar. Isto é possível, porque o Judiciário não cobra a emoção do genitor, e sim as suas condutas práticas e concretas no caso real. Rodrigo da Cunha Pereira ainda conclui suas afirmações dizendo que:

O afeto, no sentido de cuidado, conduta, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. (...) A ausência desse sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas paterno/maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposto pelo Judiciário, presente ou não o sentimento.⁶⁴⁹

Nesse sentido, podemos ressaltar que ocorre abandono afetivo realmente quando o genitor deixa de fornecer, de maneira objetiva, o cuidado e a atenção que a criança necessita para seu pleno desenvolvimento. Este é o conceito concreto de abandono afetivo.

Ponto importante a se destacar é ainda o fato de que os juristas que defendem a impossibilidade de se indenizar o filho abandonado afetivamente, não se manifestam quanto a essa diferenciação essencial entre amar e cuidar. Em regra, os doutrinadores apenas mantêm suas palavras na afirmação de que o Estado não pode obrigar ninguém a amar. E apesar de diversos juristas estarem contra-argumentado esse posicionamento conservador, ainda assim, os juristas que discordam da corrente favorável a indenização, apenas se limitam em suas mesmas argumentações, demonstrando aparente falta de argumentos quanto a este contra-argumento.

⁶⁴⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Coord: MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. Artigo: Responsabilidade civil por abandono afetivo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 404.

Apesar de concluída esta parte doutrinária e conceitual do abandono afetivo, vale ressaltar que por muitos anos a responsabilidade civil não era aceita dentro do Direito de Família, em nenhum aspecto. Por isso, sempre foi muito difícil admitir a ideia de que o filho abandonado afetivamente pelo genitor poderia ter direito a receber uma resposta pecuniária do Estado. Ainda assim, há doutrinadores favoráveis a esta tese, fazendo-se necessária a análise de tal conflito – até mesmo porque, de nada adiantaria conhecer as raízes do abandono afetivo profundamente se não houvesse qualquer possibilidade jurídica do filho receber a indenização que lhe é devida.

4 – A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Durante muitos anos a responsabilidade civil e o Direito de Família caminharam estranhos e quase incomunicáveis entre si, uma vez que os institutos pareciam se confrontar quando unidos. Prova disso, é a previsão do código civil, em seu artigo 934, que garante que os pais não poderão receber ressarcimento das despesas gastas com seus descendentes.

Em regra, nas relações de direito civil como um todo, as pessoas não possuem relações duradouras. A relação costuma persistir enquanto durar o negócio jurídico. Já nas relações familiares, mesmo as que envolvem litígios judiciais, o convívio, ainda que mínimo, permanece. Um pai que litiga com seu filho, uma mãe que litiga com um pai, ou até mesmo o neto que litiga com o avô - em todos esses casos, vemos relações continuadas. E exatamente por isso, o direito tem se esquivado de intervir em tais situações.

Ocorre, no entanto, que mesmo dentro das relações familiares, há partes vulneráveis e hipossuficientes, como é o caso dos filhos menores diante de seus pais. Os pais possuem o poder familiar, mas este não é absoluto, e possui restrições pontuais. Portanto, as decisões dos genitores não podem prejudicar a saúde mental ou física do menor, nem mesmo o seu pleno desenvolvimento.

Quanto à possibilidade ou não de responsabilização civil dentro do Direito de Família, vemos que Dimas Messias de Carvalho⁶⁵⁰ ensina que há três principais correntes doutrinárias a respeito. Segundo o autor, a primeira corrente seria aquela que nega completamente a possibilidade de se inserir a responsabilidade civil dentro do Direito de Família. Para os defensores dessa corrente, tal atitude levaria a uma monetarização das relações afetivas, alegando que a solução para os casos supostamente indenizáveis, seria a utilização de métodos de conciliação, e ainda a aplicação das sanções próprias de Direito de Família.

Entretanto, ao analisar a obra de Anderson Schreiber⁶⁵¹, vemos que este ressalta que os próprios institutos de Direito de Família, não são suficientes para restringir a quantidade de atitudes lesivas que ocorrem no âmbito familiar. O autor exemplifica tal situação exatamente com os casos de abandono afetivo, uma vez que a medida cabível no Direito de Família, em tais casos, seria a perda do poder familiar. Nas palavras do autor, a medida ao invés de compensar o dano e educar o ofensor, na verdade funcionaria como um verdadeiro prêmio para o genitor negligente.

A segunda corrente seria a mais liberal, no sentido de que “as relações familiares não podem se converter em exclusão de ilicitude, permitindo-se livremente a prática de atos ilícitos, violando direitos.”⁶⁵² Dimas Messias de Carvalho, no entanto, adere à terceira corrente, que seria intermediária entre a primeira e a segunda. Esta corrente entende que é cabível a responsabilização civil nas relações de família, mas, agindo com bastante cautela. Para o autor⁶⁵³, o uso da responsabilidade civil dentro do Direito de Família não pode ser irrestrito e indiscriminado, mas padece de uma análise aprofundada do Magistrado no caso concreto, para que não sejam feitos absurdos nem pela omissão estatal na proteção dos indivíduos

⁶⁵⁰CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134.

⁶⁵¹SCHREIBER, Anderson. Coord: MADALENO, Rolf. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Artigo: Responsabilidade civil no direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. P. 33.

⁶⁵²CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

⁶⁵³CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito Das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

dentro das famílias, nem quanto à intromissão demasiada do Estado nas relações familiares.

Nesse mesmo sentido, conclui Valéria Silva Galdino Cardin dizendo que “a responsabilidade por dano moral no âmbito familiar deve ser analisada de maneira casuística, com provas irrefutáveis, para que não ocorra a banalização do dano moral”⁶⁵⁴.

Já para Cristiano Chaves de Farias⁶⁵⁵ não há mais discussão quanto à possibilidade de aplicação da obrigação de reparar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais em razão da prática de um ato ilícito no Direito de Família. No entanto, o doutrinador sustenta que há uma clara divisão na doutrina pátria quanto ao alcance dessas medidas. A primeira corrente seria mais ampla quanto à caracterização da ilicitude, entendendo que “haveria um dever de indenizar decorrente da violação de dever imposto pela norma legal”⁶⁵⁶. Outra parte considerável da doutrina entende que dentro do Direito de Família só há conduta dano indenizável quando se está diante de uma conduta ilícita, e, portanto, o descumprimento de uma mera obrigação relacionada ao Direito de Família não seria conduta passível de indenização civil.

Sintetizando a polêmica, é possível afirmar que dúvida não há quanto à incidência das regras da responsabilidade civil nas relações familiares. A discussão, na verdade, cinge-se em saber se a violação de algum dever específico de Direito de Família, por si só, seria suficiente para ensejar o dever de indenizar que caracteriza a responsabilidade civil.⁶⁵⁷

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald seguem a segunda corrente doutrinária, e nesse sentido, entendem que a falta de afeto entre pais e filhos não é suficiente para caracterizar indenização

⁶⁵⁴ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 72.

⁶⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 75.

⁶⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit., p. 75.

⁶⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 75.

por dano moral. Para os autores, isso acabaria gerando uma “patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência”⁶⁵⁸.

O autor Anderson Schreiber oferece uma alternativa, que em sua concepção seria uma via mais adequada de solução destes conflitos, de maneira a não gerar uma monetarização das relações familiares, mas também não deixar o infante em uma situação vulnerável e sem qualquer proteção estatal. Para o doutrinador, o grande problema da relação entre o Direito de Família e a responsabilidade civil está exatamente na forma como é feita a compensação da vítima – que ocorre sempre em quantias monetárias.

Nas palavras do autor: “Lamenta-se que algumas pessoas recorram aos tribunais para enriquecer, mas se continua a oferecer como resposta às ações judiciais de reparação quantias em dinheiro.”⁶⁵⁹

Como solução para o caso, Schreiber sugere a aplicação de tutelas específicas e não pecuniárias, que levariam o causador do dano a ter determinadas condutas que evitem a continuidade da atitude delituosa. Assim, tanto a vítima estaria compensada, quanto resguardada de que atitude lesiva poderia cessar. Segundo autor, “o que a vítima do abandono afetivo pretende – ou deveria pretender – não é dinheiro, mas sim o efetivo cumprimento dos deveres parentais”⁶⁶⁰

Tal pensamento seria muito coerente se estivéssemos diante de um caso concreto onde quem pleiteia a condenação civil do genitor é uma criança que ainda está em pleno desenvolvimento. No entanto, seria desarrazoado pensar que a aplicação de tutelas específicas que envolvessem a participação deste genitor na vida do filho adulto poderia compensar a perda sofrida durante o seu desenvolvimento.

⁶⁵⁸FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; **Op. Cit.** p. 77.

⁶⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. Coord: MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil no direito de família**. Artigo: Responsabilidade civil no direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. P. 38.

SCHREIBER, Anderson. Coord: MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 42.

Na verdade, é importante considerar que para muitos autores a indenização pecuniária que é devida diante dos casos de abandono afetivo servem para financiar o pagamento de tratamento psicológico ao filho, que deve demonstrar o dano sofrido em decorrência da atitude omissa dos pais. Nesse sentido vêm as palavras de Valeria Silva Galdino Cardin, quando diz que:

Realmente, o afeto não é algo que pode ser monetarizado, contudo, a falta acarreta inúmeros danos psicológicos a uma criança ou adolescente, que se sente rejeitado, humilhado perante os outros amigos em que os pais são presentes, dentre outras situações. É obvio que esta criança ou adolescente terá dificuldades em se relacionar no futuro. Logo, a indenização teria como proporcionar que esta pessoa recebesse auxílio psicológico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação, do descaso, da não orientação ética, moral e intelectual, etc.⁶⁶¹

Ademais, ainda há de se ressaltar o entendimento de Maria Berenice Dias⁶⁶², de que a indenização possui caráter pedagógico e preventivo, num sentido de educar a sociedade a não abandonar a sua prole, tendo em vista o dever do genitor de cuidar e zelar daquela vida.

Portanto, nos casos em que a relação paterno-filial permanece, e que a prole ainda está em fase de desenvolvimento em que ainda carece do cuidado dos pais, poderia ser cabível a aplicação de medidas de tutela específica, tais como, imposição do dever de visitar, de participação em atividades escolares, aniversários, e etc. No entanto, tal imposição deve vir acompanhada de uma condenação em pecúnia, não apenas para ressarcir os danos psicológicos já causados à criança, mas também para cumprir o seu papel pedagógico e preventivo diante das demais famílias da sociedade.

⁶⁶¹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral No Direito De Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 239.

⁶⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 409.

Assim sendo, concluímos que é perfeitamente cabível a existência de indenizações de responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família. E não só isso, mas que os casos de abandono afetivo são indenizáveis, e que a condenação em pecúnia é necessária e cabível.

Vemos, portanto, que a doutrina não possui um posicionamento firme e consolidado quanto ao tema, havendo muitas divergências de entendimento. Nesse sentido, se faz necessária uma análise aprofundada da forma que o Judiciário tem aplicado a matéria, para que possamos notar, se ao menos nos Tribunais há algum consenso que leve a uma segurança jurídica da nação.

5 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE ABANDONO AFETIVO

Um dos Princípios basilares do Estado Constitucional de Direito é a Segurança Jurídica⁶⁶³, que garante ao cidadão que o Estado agirá de maneira imparcial, e que a prestação que lhes será fornecida será a mesma que os demais casos análogos receberam.

Analisando a Segurança Jurídica vemos um elo entre o referido Princípio e a necessidade de uniformidade na jurisprudência pátria. Afinal, a segurança jurídica também é tida como Princípio da proteção à confiança, e nesse sentido, a igualdade não se restringe ao ordenamento jurídico, mas também a tudo aquilo que aplica o ordenamento jurídico, como os atos administrativos, e a jurisprudência.

É notória a conexão entre a segurança jurídica e a uniformização dos julgados nos Tribunais, uma vez que os cidadãos precisam de uma previsão das consequências de seus atos. De que adianta a lei ser igual para todos se a aplicação da lei for diversa mesmo em casos análogos? Por tudo isso, é que vemos a necessidade de se analisar qual o posicionamento dos tribunais nos casos de abandono afetivo.

Até o ano de 2012, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça entendia que não era possível atribuir condenação pecuniária ao

⁶⁶³ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual De Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 38.

genitor omissis, em razão de seu abandono afetivo. Para o STJ, abandonar afetivamente sua prole não constituía uma prática de ato ilícito, e, portanto, não haveria como se imputar uma condenação por danos morais em tais casos⁶⁶⁴.

No entanto, este entendimento foi alterado no Recurso Especial nº 1159242, cuja Relatoria era da Ministra Nancy Andrighy. No entendimento da Ministra “existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”⁶⁶⁵.

A mudança de entendimento da Corte Superior foi anunciada amplamente na mídia, e assim, em tese, todos os tribunais estaduais deveriam adequar sua própria jurisprudência ao novo entendimento pátrio a respeito da questão.

Apesar de ser o esperado, em primazia do Princípio da segurança jurídica, ainda assim muitos tribunais permaneceram negando a possibilidade de que o filho rejeitado pelos pais consiga uma resposta estatal. Abaixo vemos um caso onde, o TJ-MG, em julgado recente do ano de 2016, negou o pedido de um filho à indenização por abandono afetivo, entendendo que esta simplesmente não era cabível.

O abandono afetivo de um pai, apesar de ser uma triste situação, não caracteriza ilícito e não gera, por si só, obrigação de indenizar, não tendo sido demonstrado, no caso, nenhum dano moral efetivo, não cabendo ao Estado, por outro lado, através do Poder Judiciário, transformar em pecúnia sentimentos inerentes às relações familiares.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ Brasil, STJ - RESP 514.350/SP, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, Data do Julgamento: 28/04/2009, Data de publicação: DJe 25/05/2009

⁶⁶⁵ BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

⁶⁶⁶ BRASIL, TJ-MG - AC: 10515110030902001 MG, Relator: João Cancio, Data de Julgamento: 15/03/2016, Câmaras Cíveis / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/03/2016.

Além do TJ-MG, também encontramos acórdãos recentes do TJ-SP nesse mesmo sentido, que se negam a seguir a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, e permanecem afirmando que o Estado não pode obrigar ninguém a amar.

Apela o autor, insistindo no abandono afetivo e material, alegando que o genitor beneficia os demais irmãos e o renega. Descabimento. Impossibilidade de se impor o dever de amar e dispendar afeto. (...) A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da reparação pecuniária.⁶⁶⁷

No entanto, apesar do entendimento de alguns tribunais estaduais nesse sentido, tais decisões podem ser revertidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que, em tese, mantém sua jurisprudência sólida quanto à possibilidade indenizatória do abandono afetivo parental. Ainda assim, vale destacar que a maioria dos casos que chegam ao STJ não conseguem alterar a decisão emanada pelo Tribunal *a quo*, diante do óbice da Sumula 7/STJ que não permite que a Corte reanalise os fatos que fundamentaram a decisão recorrida.

Vale lembrar também, que mesmo diante do posicionamento do STJ quanto ao tema, em alguns tribunais, e até mesmo alguns Ministros do STJ têm agido de maneira menos ousada, de modo que teoricamente a indenização seja cabível, mas ainda assim, conseguindo obstar o acesso da prole a uma prestação jurisdicional eficaz, da forma como foi salientado pela Corte.

Segundo o entendimento desses Ministros, para que possamos conceber uma indenização civil por abandono afetivo, é necessária a demonstração de um ilícito civil concreto, que necessariamente precisar ter demonstrado a ocorrência de danos psicológicos ao filho negligenciado.

⁶⁶⁷BRASIL, TJ-SP - APL: 00007022920148260333 SP 0000702-29.2014.8.26.0333, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 21/03/2016, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/03/2016.

Nesse sentido o Ministro Villas Boas, em julgado do ano de 2016, afirmou que:

A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro.⁶⁶⁸

O Ministro Moura Ribeiro também adere a este posicionamento, e nesse sentido, o Ministro tem afirmado que em tese a responsabilização é cabível, entretanto, tem criado uma série de obstáculos à possibilidade de aplicação da indenização propriamente dita. Em um de seus votos, onde era Relator, entendeu-se que:

Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claros e conectados.⁶⁶⁹

Nesse sentido, a posição dos tais juristas tem sido a de não negar a possibilidade de indenizar o filho abandonado afetivamente, mas sim, de dificultar a possibilidade de comprovação desse ilícito indenizável. No entendimento do Ministro Moura Ribeiro, por exemplo, é necessário que o filho demonstre que houve uma atitude incorreta daquele genitor em relação

⁶⁶⁸BRASIL, STJ -RESP 1493125/SP, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, Data do julgamento: 23/02/2016, Data da publicação: DJe 01/03/2016.

⁶⁶⁹BRASIL, STJ - RESP 1557978/DF, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015

ao seu dever de cuidar da prole, o trauma psicológico sofrido (através de laudos periciais), e ainda, a demonstração concreta de que aqueles traumas psicológicos decorreram diretamente da atitude dos pais.

Veja-se, que além de todo o sofrimento passado pelo infante, este ainda tem uma missão quase impossível de demonstrar de maneira cristalina e concreta que todos os seus danos psicológicos e traumas sofridos possuem nexos causais unicamente com a atitude de abandono do genitor.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, para fundamentar sua decisão denegatória do pedido do autor, afirmou em um de seus acórdãos, que apesar de demonstrado o dano psicológico sofrido pelo filho, tais “transtornos psicológicos não podem ser diretamente relacionados às atitudes do réu”.⁶⁷⁰

A bem da verdade, vemos que o genitor que abandona o seu filho afetivamente, pode torcer para que seu filho seja muito bem-sucedido na vida, apesar do seu abandono, uma vez que, aparentemente, se o filho for forte o suficiente para vencer na vida, apesar dos obstáculos, o dano moral que aquele genitor lhe causou poderá ser simplesmente esquecido pelo Judiciário. Ao que parece, a conduta deixa de ser ilícita, a partir da repercussão que tal conduta tem na vida do filho. E mais, ainda que o filho tenha sofrido danos psicológicos significativos em decorrência da atitude paterno-materna, se a criança tiver passado por outras situações traumáticas ao longo de sua vida, já é suficiente para demonstrar que os traumas não decorreram diretamente da atitude de abandono sofrida.

Em determinado voto, o Ministro Moura Ribeiro ainda reconhece a inviabilidade de o filho conseguir comprovar o nexo causal dos danos sofridos, em razão do caráter psicológico do sofrimento experimentado pelo infante. Ainda assim, mantém a sua postura com relação a tal entendimento, afirmando que mesmo diante de toda essa dificuldade, o filho deve comprovar o nexo causal.

⁶⁷⁰BRASIL, TJ-SP - APL: 00033968920118260457 SP 0003396-89.2011.8.26.0457, Relator: Milton Carvalho, Data de Julgamento: 29/01/2015, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/02/2015.

A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano, mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexu causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato⁶⁷¹

Além desse posicionamento, ainda há aqueles que entendem que só há abandono afetivo digno de responsabilização civil, quando os pais agem com desprezo, repulsa e menosprezo pelo filho. Apenas quando há uma rejeição declarada do genitor, aliado aos danos psicológicos devidamente comprovados.

A indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo somente é viável quando há um descaso, uma rejeição, um desprezo pela pessoa por parte do ascendente, aliado ao fato de acarretar danos psicológicos em razão dessa conduta.⁶⁷²

Se nos pautarmos nessa linha de raciocínio, apenas quando o genitor age com grosseria, agressividade, e literalmente maltrata o seu filho, é que estaria configurado o abandono afetivo. Ocorre, que neste caso, estaríamos dizendo que apenas as atitudes comissivas do ascendente é que poderiam gerar dano à criança, quando na verdade, as atitudes omissivas dos pais que deixam de cuidar e educar o seu filho são igualmente danosas a este.

Ao fazer uma análise mais abrangente dos casos, é fácil notar que raríssimos foram os casos que o filho realmente conseguiu a reparação requerida. Mantém-se o posicionamento de que o abandono afetivo seria indenizável, mas na prática, os Magistrados acabam obstando o acesso

⁶⁷¹BRASIL, STJ - RESP 1557978/DF, Relator:Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015.

⁶⁷²BRASIL, TJ-DF - EIC: 20120110447605, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 26/01/2015, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/02/2015 . Pág.: 98.

judiciário do filho, com base em numerosos obstáculos para a demonstração do dano. É claro, por exemplo, que o filho que foi abandonado pelos pais, ainda que tenha impactos psicológicos negativos em sua vida, não vai ter como única causa de todos os seus problemas a relação com seu genitor. O filho simplesmente não pode ter passado por nenhum outro trauma na vida que simplesmente passa a não fazer jus à indenização mais. Tudo isso mais parece uma manobra para driblar a jurisprudência firmada e acabar mantendo os infantes sem qualquer proteção estatal, exatamente como ocorria antes da mudança de posicionamento do STJ.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como cerne de seu desenvolvimento o questionamento se a condenação indenizatória de danos morais por abandono afetivo está relacionada à ausência de sentimento amoroso dos pais ou à ausência de condutas e atitudes objetivas e concretas de cuidado, zelo e educação por parte do genitor?

Isto porque, os doutrinadores mais conservadores que ainda mantêm seu posicionamento contrário à corrente que possibilita a indenização do filho abandonado afetivamente, utilizam como o maior de seus argumentos o fato de que o Estado não pode obrigar ninguém a amar.

Como foi analisado no decorrer deste trabalho, vemos que a doutrina favorável à corrente indenizatória salienta que não se trata de uma obrigação de amar, e sim de uma obrigação de cuidar da prole. A grande diferenciação é que o amor possui caráter subjetivo e interno do indivíduo – está relacionado aos sentimentos, emoções e sensações do genitor. Já o cuidado possui um caráter objetivo e mensurável através de condutas concretas e visíveis que demonstram que o genitor demonstrou atenção, zelo, cuidado, educação ao seu filho. Para esta corrente, seria plenamente possível os pais cuidarem do filho e ser presentes em sua vida (atitudes), sem jamais o amarem (sentimentos). E, portanto, é isto que o Estado requer do genitor: cuidado, e não amor.

Após a análise de ambas as correntes, este trabalho concluiu que a corrente desfavorável à indenização apenas se mantém firme quanto à impossibilidade de obrigar alguém a amar, sem se manifestar sobre essa diferenciação crucial. A corrente favorável à indenização desmonta todos os argumentos contrários à sua tese, mas em geral, os doutrinadores contrários à indenização por abandono afetivo, se limitam a poucos parágrafos sobre o tema, repetindo-se entre si.

E apesar de boa parte da doutrina já aceitar a tese indenizável ao abandono parental, a jurisprudência ainda resiste muito à ideia. Os conceitos de abandono afetivo são completamente distintos em cada um dos Tribunais. Alguns Tribunais ainda negam indiscriminadamente a possibilidade indenizatória ao filho abandonado. Outros, dizem que aceitam a tese, mas dificultam a comprovação do abandono afetivo nos autos processuais de tal maneira, que raríssimos são os casos de algum filho que conseguem uma resposta Estatal devida.

Ao que nos parece, para o filho conseguir a indenização civil que lhe é cabível, é necessário que demonstre a ausência das condutas de cuidado, educação e zelo (muitos tribunais ainda exigem prova de desprezo e rejeição do genitor), a prova do dano psicológico sofrido pelo filho, e ainda o nexó causal concreto e palpável de que todos esses danos psicológicos do menor ocorreram como consequência unicamente da conduta paterno-materno omissa. É quase uma missão impossível provar que houve abandono afetivo realmente.

Nesse sentido, vemos que há um clamor social crescente para que o Estado intervenha nessas relações e proteja o menor que está sendo negligenciado pelo genitor e prejudicado em seu desenvolvimento. No entanto, essa posição ainda encontra bastante resistência no âmbito dos tribunais e até mesmo entre doutrinadores mais conservadores. Vale ressaltar que o tema tem sido cada vez mais propagado ao longo do tempo, e ganhado cada dia mais adeptos. Assim sendo, conclui-se que a evolução da responsabilidade civil por abandono afetivo tem caminhado ao longo do

tempo, e o desenvolvimento da tese requer um amadurecimento da sociedade.

Referências dos livros:

AMIM, Andrea Rodrigues. Coordenação: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BEVILÁQUIA, Clóvis, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 16. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **DIREITO DE FAMÍLIA: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. P. 01.

BICCA, Charles. **ABANDONO AFETIVO: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos**. Brasília: editora OWL, 2015, p. 46.

BORGES, Isabel Cristina Neves. **QUALIDADE DA PARENTALIDADE E O BEM-ESTAR DA CRIANÇA**. 2010, p. 60. Dissertação. (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia e Ciência da Educação de Coimbra. Coimbra/POR.

BRASIL, TJ-RS - AC: 70057304263 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 12/12/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2013.

BRASIL, STJ - RESP: 275568/RJ, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 18/05/2004, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/08/2004 p. 267.

BRASIL, STJ – RESP 1159242/SP Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 10/05/2012.

BRASIL, STJ – RESP 1557978/DF Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 17/11/2015.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. **DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

COSTA, Élide de Cássia Mamede. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO MORAL PATERNO-FILIAL: o reconhecimento do dano moral in reipsa como mecanismo de concretização de direitos fundamentais interprivatus**. Artigo científico – Universidade Federal do Pará– PA, p. 9.

DIAS, Maria Berenice. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

FACHINETTO, Neidemar José. **O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **DIREITO DE FAMÍLIA: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

JABLONSKI, Bernado. **PATERNIDADE: CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO PAIS-FILHOS APÓS A SEPARAÇÃO CONJUGAL**. 2010, p. 60.

Artigo científico – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – RJ, p. 6.

LIMA, Ricardo Alves de. Função social da família: família e relações de poder – transformação funcional familiar a partir do direito privado. Curitiba: Juruá, 2013, p. 56. In: CARVALHO, Dimas Messias de. **DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Antônio Cesar. **DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **DIREITO DE FAMÍLIA: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A TUTELA JURÍDICA DA AFETIVIDADE**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Coord: MADALENO, Rolf. **RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA**. Artigo: Responsabilidade civil no Direito de Família: a proposta da reparação não pecuniária

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Correia da. **DIREITO CIVIL: Direito de Família**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

EVASÃO FISCAL INTERNACIONAL: COMBATE ÀS PRÁTICAS ELISIVAS

Vinícius Souza Nunes

Resumo: O presente artigo trata da evasão fiscal internacional e seu contexto dentro do território pátrio. O estudo foi realizado através de revisão literária de livros jurídicos, de economia, assim como relatórios de órgãos internacionais. É objetivo situar o contexto econômico-político responsável por gerar a disseminação das práticas elisivas, assim como descrever os mecanismos que vem sendo utilizados pelas economias mundiais para lidar com estas questões, em especial o Brasil.

Abstract: This article deals with international tax evasion and its context in Brazil. The study was carried out through a literary review of legal books, economics, as well as reports from international institutions. The objective is to situate the economic-political context responsible for generating dissemination of elisive practices, as well as describing the mechanisms that are being used by the world's economy to deal with these issues, especially Brazil.

Palavras-chave: Evasão Fiscal. Concorrência fiscal. Dupla Tributação. Convenções Internacionais.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo compreender a atual situação do Direito Tributário Internacional Brasileiro ante as dificuldades geradas com o crescente processo de deslocamento e produção de rendas e patrimônios.

Esta temática ganhou relevo internacional com o final da Segunda Guerra Mundial, estendendo-se até a promulgação da Constituição Federal de 1988, período no qual o Brasil se inseriu de forma mais concreta no processo de globalização mundial intensificando suas relações comerciais com as demais nações do globo, além dos processos migratórios. A partir deste período surge, no âmbito do direito tributário, as bases dos principais desafios enfrentados até os dias de hoje.

Dentre os referidos desafios, destacam-se, em razão do objetivo do presente artigo, os seguintes: (i) eliminação da dupla tributação internacional;

(ii) combate à evasão fiscal através de paraísos fiscais; e (iii) estabelecer meios de fortalecer a cooperação fiscal entre os países⁶⁷³.

Desta feita, diante da crescente necessidade do Estado de arrecadar tributos em prol de sua manutenção, resolver os suscitados problemas passou a ser uma das principais questões do direito tributário. Entretanto, é necessário compreender as dificuldades à fiscalização e conseqüentemente à tributação de rendas geradas extraterritorialmente, assim como os mecanismos que vem sendo criados no contexto brasileiro e internacional no sentido de mitigar as práticas elisivas e a evasão fiscal.

O crescente envolvimento de todas as nações do globo no desenvolvimento de mecanismos mais eficientes de fiscalização e tributação de valores gerados extraterritorialmente por nacionais, seja pessoa física ou, principalmente, pessoas jurídicas é justificável uma vez que se quantifica os valores que deixam de ser tributados.

A título de exemplo, quanto ao uso de paraísos fiscais como mecanismos de evasão fiscal temos que segundo estudos realizado por Gabriel Zucman - autor do livro *A Riqueza Escondida das Nações*, professor da *Lodon School of Economics* e investigador na Universidade da Califórnia no Departamento de Economia, em Berkeley – estima-se que 8% (oito por cento) da renda mundial – ou US\$ 7,6 trilhões – estejam depositados em jurisdições com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados, popularmente conhecidos como paraísos fiscais. Nestes encontram-se ativos de pessoas físicas e jurídicas que buscam não pagar ou pagar menor imposto em seus países de origem, impostos estes evadidos que são estimados entre US\$ 21 trilhões e US\$32 trilhões por James Henry – economista, advogado, economista chefe da MCKinsey&Co e autor de *The Prince of Offshore: New Estimates for Missing Global Private Wealth, Income, Inequality and Lost Taxes*⁶⁷⁴.

Neste contexto, o principal compromisso internacional firmado para combater as referidas práticas vem sendo construído pela OCDE – *The Organization for Economic Co-operation and Development* -, através do

⁶⁷³ DEVEREUX, Michael P. e VELLA, John. Oxford University Centre for Business Taxation. ***Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?***, 2014. pg.5.

⁶⁷⁴ ZUCMAN, Gabriel. ***The Hidden Wealth of Nations, The Scourge of Tax Havens***, 2015, pg. 16-17.

BEPS, *Base Erosion and Profit Shifting*. Segundo o referido trabalho, vem se desenvolvendo de forma conjunta por seus integrantes, regras que objetivam determinar a competência tributária em situações que envolvam múltiplas nações evitando assim a bitributação, assim como mecanismos de Transparência Fiscal visando impedir a evasão fiscal resultado de práticas de elisão fiscal e de paraísos fiscais.

Podem ser citadas ainda inúmeras outras iniciativas governamentais visando eliminar ou pelo menos diminuir o ritmo das práticas de evasão fiscal e planejamento tributário “agressivo”. O Brasil por sua vez não se encontra a parte desde processo, sendo membro ativo das discussões de inúmeras destas iniciativas, como será visto adiante.

O histórico brasileiro quando a evasão fiscal internacional foi acompanhando pelas primeiras preocupações e desenvolvimento dos primeiros mecanismos de combate a estas práticas de forma concomitante com as iniciativas dos demais países do globo. Entretanto, cabe destacar que embora o Brasil esteja envolvido em grande parte das discussões suas ações ainda podem ser tidas como tímidas frente ao posicionamento de outras soberanias, muito embora os eventos desta crise fiscal acometam de forma intensa o país.

Para ilustrar temos que o Seminário Brasileiro de Justiça Tributária organizado pelo Conselho Brasileiro de Assuntos Econômicos e Sociais, concluiu que em torno de 300 a 400 bilhões de dólares são transferidos do Brasil sem serem devidamente taxados⁶⁷⁵. Cabe ressaltar ainda, que este montante representa apenas uma das formas com as quais o Estado brasileiro se vê privado de tributação fatos geradores tributáveis.

Frente ao quadro desenhado até então este artigo objetiva apresentar o panorama mundial, com foco no brasileiro, quanto aos principais dilemas enfrentados no combate às práticas de evasão fiscal internacional, além das principais medidas de enfrentamento e seus resultados até o momento.

⁶⁷⁵ Conselho de Desenvolvimento Econômico. **Anais do Seminário Internacional sobre Justiça Fiscal**. August 10, 2011,pg. 34.

Histórico da Evasão Fiscal Internacional no Brasil

No intuito de tornar mais compreensível a análise dos atuais problemas e as principais medidas criadas pelo Brasil e pelo mundo será apresentado um breve resumo histórico de como se nasceram os problemas com evasão fiscal no Brasil, o que em muitos momentos se confunde com a história mundial como um todo.

Os primeiros trilhos desta viagem são construídos no fim do século XIX com a proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891. Enquanto colônia o Brasil apenas se utiliza da estrutura e da lógica do direito tributário de seu colonizador, portanto, não possuía uma política fiscal que fosse voltada aos seus anseios internos. Entretanto, em razão da ausência de estudos e de produção doutrinária nacional optou-se por manter a estrutura do sistema tributário nos moldes do período Imperial, inclusive o financiamento primordial do Estado através da arrecadação dos tributos aduaneiros⁶⁷⁶.

Neste período o país tinha seu espaço na economia mundial como um mercado exportador de matérias-primas e produtos de origem agropecuária, portanto, a quase totalidade do PIB nacional era de origem dos tributos que incidiam sobre as operações de comercialização com países estrangeiros, sendo eles, basicamente o Imposto de Importação e o Imposto de Exportação. O primeiro, mais relevante economicamente, chegou a representar 50% do PIB nacional em 1930, segundo o IPEA⁶⁷⁷, em comparação com o Imposto de Exportação que representava 20% do PIB.

Esta realidade se justifica diante da face iminente exportadora de produtos agropecuários e importadora de produtos industrializados que possuía o Brasil. Isto justifica a importância de tais impostos, uma vez que os produtos exportados precisavam ter preços competitivos, então não podiam ser taxados de forma exacerbada, enquanto as receitas do Imposto de Importação eram necessárias a correção de deficiências decorrentes da inexistência de um setor industrial capaz de suprir as demandas internas.

⁶⁷⁶ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. **Direito Tributário Internacional: Contextualização do Debate Atual**, pg. 3.

⁶⁷⁷ OLIVEIRA, Fabrício Augusto de, in “**A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1889-2009**”, IPEA, Brasília, janeiro de 2010, pg.26.

Neste período um assunto importante era a competência de cada um destes impostos. O Imposto de Importação era competência da União Federal, em razão, principalmente se deu alto montante, ao passo em que o Imposto de Exportação era competência dos estados-membros e era aplicável não só nas relações com outros países, mas também nas operações econômicas entre os próprios estados-membros.

Em 1930 com o governo de Getúlio Vargas se deu início a política de substituição de importações o que começou a redesenhar a estrutura fiscal existente, a medida que visava “desmontar” o sistema de proteção das oligarquias agropecuaristas e dar os primeiros passos em direção a um setor industrial.

A referida iniciativa ganhou mais força ante as alterações domésticas que se fizeram necessária com a Primeira Guerra Mundial, onde as nações industrializadas foram obrigadas a redirecionar suas produções em prol da guerra deixando de serem fornecedoras de uma gama de produtos industrializados as demais nações como o Brasil. Reflexo disto foi a redução da arrecadação do Imposto de Importação em 14,5% até 1954⁶⁷⁸.

Estas primeiras mudanças são o ponto inicial no Brasil de algumas mudanças que irão mais a frente refletir no início da prática da evasão fiscal e do planejamento fiscal agressivo, sendo válido destacar a gradual redução da importância dos impostos de importação e exportação ante os impostos sobre renda, consumo e prestação de serviços – atuais principais fontes de tributo nacional. Destaco que essas mudanças marcam um momento no qual a tributação passa a ser mais sentida pelas pessoas físicas e pelas empresas em geral, principalmente pelas multinacionais.

O fato de a base econômica nacional ser fundamentalmente agrícola levou o Estado a não apresentar instrumentos ou institutos complexos quanto à tributação internacional. A título de exemplo, temos que o primeiro tratado internacional celebrado pelo Brasil no âmbito tributário intentava evitar a bitributação de embarcações provenientes dos EUA⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ OLIVEIRA, Fabrício Augusto de, in “**A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1889-2009**”, IPEA, Brasília, janeiro de 2010, pg. 26.

⁶⁷⁹ OLIVEIRA, Fabrício Augusto de, in “**A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1889-2009**”, IPEA, Brasília, janeiro de 2010, pg. 30.

Um segundo período importante é o que se inicia com a Segunda Guerra Mundial estendendo-se até a Constituição Federal de 1988. Estudiosos defendem que este é o período em que tiveram origem as bases dos principais desafios enfrentados pelo Direito Tributário Internacional na atualidade⁶⁸⁰.

O século XX em razão de seu contexto político e conseqüentemente dos reflexos econômicos a nível mundial, foi marcado pela busca de alguns objetivos principais: (i) eliminação da dupla tributação internacional que cresceu exponencialmente com o aumento das relações comerciais entre países; (ii) combate à evasão fiscal através de paraísos fiscais; e (iii) estabelecer meios de fortalecer a cooperação fiscal entre os países em prol de tornar mais eficiente a fiscalização e a punição das práticas do item ii.

Das problemáticas advindas deste período a primeira a se consolidar foi a ocorrência da dupla tributação, a qual com o tempo e, principalmente, com o aumento da complexidade das relações comerciais tornou-se um fenômeno de pluritributação. Em razão também da crescente pluritributação, entre outros fatores, surgem os paraísos fiscais, como uma tentativa de reduzir de forma artificial a tributação sofrida pelos contribuintes.

Passamos agora, por fim, a análise do último período histórico que levou ao contexto atual de enfrentamento das práticas de evasão fiscal. Tendo início com a Constituição Federal de 1988, desenvolveu-se um novo sistema de tributação que objetivou a descentralização da arrecadação tributária, levando os Estados a possuírem maior autonomia e maior arrecadação de rendas própria.

A descentralização das arrecadações representa uma importante mudança do modelo centralizado iniciado com a república, porém ela acabou por gerar uma redução do financiamento próprio da União, que encontrou como solução a criação de contribuições sociais e contribuições de intervenção no domínio econômico.

A descentralização das arrecadações assim como estrutura proposta pela Constituição de 1988 acabaram por agravar a situação fiscal que o país se encontrava. A Carta Magna passou a prever um grande número de

⁶⁸⁰ ZUCMAN, Gabriel. *The Hidden Wealth of Nations, The Scourge of Tax Havens*, 2015, pg. 18.

direitos sociais como obrigação irrisignável do Estado, entretanto o respeito integral a estes direitos ocasionaram um desequilíbrio orçamentário que exigia a escolha entre a redução dos gastos públicos ou o aumento da carga tributária. Optou-se pelo aumento intenso e progressivo da carga tributária de pessoas físicas e jurídicas, em território nacional ou não.

Desenhado o histórico de mudanças das bases econômicas e conseqüentemente fiscais brasileiras temos um Estado que encontrou na multiplicação de impostos e sobretaxação destes a solução a crise de financiamento do Estado. Porém, o reflexo mais direto destas alterações é o desagrado por parte dos contribuintes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras que desenvolvam operações financeiras em território pátrio.

Em resposta a este sentimento os contribuintes passam a se utilizar cada vez mais de mecanismos elisivos para fugir a tributação que entendem excessivas seja por pura sobretaxação pelos Estados ou por não haver uma concordância ou mesmo organização entre as diversas soberanias (fundamento da Dupla Tributação ou Dupla não Tributação). Os mesmos mecanismos, além de alcançarem uma disseminação perturbadora atualmente também vêm sendo utilizados para encobrir transferências financeiras fruto de atividades ilícitas como lavagem de dinheiro e receitas relacionadas a tráfico de drogas, armas, entre outras.

Portanto, para um eficiente controle deste quadro são exigidos estudos, primeiro para compreender os principais obstáculos a um sistema fiscal internacional mais saudável e, em segundo lugar, para o desenvolvimento de mecanismos destinados a maior disciplina fiscal e a proteção e ampliação da arrecadação.

Partindo agora do primeiro ponto, passamos a análise de alguns dos obstáculos mais importantes e expressivos a política nacional.

Principais Obstáculos no Combate à Evasão Fiscal Internacional

Dupla Tributação Internacional e Dupla não Tributação Internacional – Raízes destes Fenômenos

A compreensão deste primeiro obstáculo, Dupla Tributação Internacional, envolve entender as raízes brasileiras do seu combate, sua definição e as soluções vêm sendo buscadas para resolvê-lo atualmente (temática da epígrafe 4), assim como seu “falso cognato”, Dupla não Tributação Internacional.

Iniciando com suas raízes, temos que o fenômeno da dupla tributação ganhou espaço no cenário mundial no período da Primeira Guerra Mundial, momento no qual em razão do contexto político-econômico, como já explicitado, passou a se disseminar com maior velocidade tornando-se necessária a tomada de medidas para o combate da prática. As primeiras medidas destinadas a coibir a dupla tributação ocorreram no âmbito da antiga Liga das Nações através dos primeiros tratados bilaterais, principalmente no comércio naval.

Entretanto, com o término da Segunda Guerra Mundial a prática da dupla tributação observou um crescimento exponencial, justificável principalmente pelo contexto de internacionalização de novas economias, em especial a norte-americana. Deste modo, passou a representar um entrave às economias do mundo capitalista que se encontravam na tentativa de expandir seus mercados através de produtos com preços mais competitivos. Portanto, para não terem seus crescimentos freados por essa prática estas nações iniciaram os primeiros estudos e elaboraram os primeiros tratados e as primeiras práticas no intuito de superação desta problemática.

Os primeiros esforços deram origem a Convenção-Modelo elaborada pelo Comitê Fiscal da Organização Europeia de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OECE), o qual foi, posteriormente, substituído pela Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE), instituição internacional responsável pela criação do primeiro *Draft Convention*.

Com a alteração dos paradigmas existentes nas relações entre economias soberanas distintas surgiram no Brasil, como resposta ao

contexto apresentado, políticas de desenvolvimento econômico e protecionismo dos mercados internos. A intensificação da busca por mecanismos capazes de reduzir as distorções concorrenciais e econômicas foi o reflexo direto da disseminação das práticas de bitributação e pluritributação.

Com a consolidação do modelo econômico de “estado desenvolvimentista” vivido pelo Brasil, o qual tinha por objetivo estimular investimentos estrangeiros no setor industrial do país, tornou-se mais importante ainda a celebração de tratados econômicos e tributários capazes de reduzir ou eliminar as distorções geradas pela dupla tributação. Neste momento, situado principalmente na década de 1970, foram celebrados a maior parte dos tratados, ainda em vigor⁶⁸¹.

Concomitantemente o Brasil também se debruçou sobre a estruturação de acordos capazes de fortalecer e desburocratizar os meios de cooperação fiscal entre os países, a exemplo do Acordo de Cooperação Econômica com os países da América Latina, do Acordo de Cooperação Aduaneira e do modelo de Acordo de Cooperação Técnica com a França.

Conceitos e Tratamento Doutrinário

Dentre as inúmeras definições do fenômeno de dupla tributação, uma das mais amplamente difundidas é a elaborada pelo Comitê Fiscal da Organização para Cooperação Desenvolvimento Econômico – OCDE, nos seguintes termos: “O fenômeno da dupla tributação jurídica internacional pode definir-se de forma geral como o resultado da percepção de impostos similares em dois — ou mais — Estados, sobre um mesmo contribuinte, pela mesma matéria imponible e por idêntico período de tempo”⁶⁸².

No intuito de compreender a citada definição é necessário “destrincharla” e identificar os principais elementos deste fenômeno, os quais são: (i) pluralidade de soberanias tributárias; (ii) identidade do sujeito passivo; (iii)

⁶⁸¹ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. **Direito Tributário Internacional: Contextualização do Debate Atual**, pg. 8.

⁶⁸² *Modelo de convenio de doble imposición sobre la renta e el patrimonio — informe 1977 del Comité Fiscal de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico*, pg. 15.

identidade do elemento material do fato gerador; (iv) identidade do imposto; e (v) identidade do período⁶⁸³.

Como cerne do primeiro elemento temos a soberania, esta no Estado Moderno é concebida como a vontade do povo representada pela supremacia do poder estatal, garantido pela Carta Constitucional ⁶⁸⁴. Portanto, por questões de hierarquia apenas é possível haver concorrência capaz de gerar a bitributação entre “vontades de tributar” soberanas.

Quanto ao segundo elemento, a identidade do sujeito passivo, trata-se de uma exigência há muito conhecida e trabalhada pela doutrina, e refletida pelo poder judiciário, de que a ocorrência da dupla tributação só é possível quando o sujeito passivo de um débito for o mesmo de outro débito para com outro Estado soberano. Este requisito é o que distingue a dupla tributação jurídica da dupla tributação econômica, como será discutido adiante⁶⁸⁵.

Identidade de pressuposto, também chamado de identidade do elemento material do fato gerador, é elemento essencial da dupla tributação, sem o qual não é possível caracterizar a dupla tributação, uma vez que o fato gerador é quem dá causa a tributação. Portanto, tratando-se de fatos geradores distintos não é possível ser configurado um mesmo imposto.

A identidade do imposto é um dos requisitos que exigem maior cuidado em seu trato. Em razão do fenômeno da dupla tributação depender do “conflito” entre dois ordenamentos jurídicos distintos é uma tarefa complexa definir que pressupostos e que conceitos devem ser levados em consideração para se concluir que duas cobranças realizadas uma por cada um destes ordenamentos tratam do mesmo imposto e são exigidas em razão do mesmo fato gerador no mesmo tempo⁶⁸⁶.

Para parte da doutrina, representado por Klaus Vogel, a verossimilhança da identidade do imposto depende da convergência de três elementos, sejam ele o fato gerador da obrigação tributária, a identidade do

⁶⁸³ UCKMAR, Victor, CORASANITI, Giuseppe. **Manual de Direito Tributário Internacional**. Ed. Dialética, 2012, pg. 140.

⁶⁸⁴ ALVES, Felipe Dalenogare. **O Conceito de Soberania: Do estado moderno até a atualidade**, 2010, pg. 2.

⁶⁸⁵ UCKMAR, Victor, CORASANITI, Giuseppe. **Manual de Direito Tributário Internacional**. Ed. Dialética, 2012, pg. 143.

⁶⁸⁶ UCKMAR, Victor, CORASANITI, Giuseppe. **Manual de Direito Tributário Internacional**. Ed. Dialética, 2012, pg. 143.

sujeito passivo e a natureza da base de cálculo. No entanto se estes elementos forem analisados com grande rigidez dificilmente se encontrará impostos idênticos, portanto, vem se estabelecendo nos ordenamentos internos a tendência de substituir a expressão “identidade dos impostos” pelas expressões “impostos similares”, “impostos semelhantes” e “impostos análogos”.

Por fim, o último elemento é a identidade de período. Ou seja, para que haja dupla tributação as cobranças realizadas por dois Estados soberanos em razão do mesmo fato gerador ao mesmo sujeito passível em configurando impostos similares devem ocorrer em razão de evento ocorrido no mesmo período, no mesmo tempo⁶⁸⁷.

Atualmente, é a visão doutrinária majoritária, conforme anotado por Alerto Xavier, deve ser reconhecida a ocorrência da chamada dupla tributação jurídica internacional quando estiverem presentes pelo menos quatro identidades, sejam elas, a identidade de contribuintes, a identidade de pressupostos, a identidade de tributo e a identidade de período de tempo⁶⁸⁸.

Em contraposição, a denominada dupla tributação econômica internacional ocorreria sempre que presentes apenas três identidades, quais sejam, a identidade de pressuposto, a identidade de tributo e a identidade de período de tempo⁶⁸⁹.

Quanto à problemática jurídica resultante destes eventos a única que traz consequências mais gravosas é a dupla tributação jurídica, considerada como atentatória aos princípios da justiça e da equidade, além de mais perniciosa do ponto de vista econômico, reclamando, assim, consideráveis esforços para solucioná-la⁶⁹⁰. A exemplo dos reflexos deste evento sobre o tratamento dispensado pela doutrina e por órgãos relacionados às questões fiscais, temos por exemplo os Comentários às Convenção-Modelo, elaborados pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, onde resta claro que

⁶⁸⁷ UCKMAR, Victor, CORASANITI, Giuseppe. **Manual de Direito Tributário Internacional**. Ed. Dialética, 2012, pg. 144.

⁶⁸⁸ BIANCO, João Francisco. **Transparência Fiscal Internacional**, 2007, pg. 140.

⁶⁸⁹ BIANCO, João Francisco. **Transparência Fiscal Internacional**, 2007, pg. 140.

⁶⁹⁰ BORGES, Antônio de Moura. **Considerações sobre a Dupla Tributação Internacional**, 2001.

somente a dupla tributação jurídica internacional que é regida pelos tratados⁶⁹¹.

Diante disso, será unicamente a dupla tributação jurídica foco das soluções apresentadas no tópico 4.

Dupla não Tributação

Em posição diametralmente oposta temos o instituto da dupla não tributação ou *double non taxation*. Este se apresenta quando mesmo estando presentes todos os requisitos legais à tributação e conseqüentemente à criação de um crédito tributário estão presentes para dois ordenamentos jurídicos distintos, porém nenhum destes realiza o lançamento tributário. Ou seja, ocorrer fato gerador capaz de atribuir a pelo menos dois Estados o direito de tributar, mas nenhuma das nações o exerce.

Uma definição sucinta e adequada é explicada pelo jurista Alberto Xavier, definindo a dupla não tributação como “fenômeno pelo qual, nas relações entre dois ou mais Estados, cujas leis tributárias são potencialmente aplicáveis a certa situação da vida, esta não é efetivamente abrangida por nenhuma delas”⁶⁹².

A dupla não tributação, pode deste modo ocorrer por algumas razões, dentre as principais a inexistência de regras tributárias sobre o assunto, intuito de conceder imunidades e/ou isenções ou na existência de convenções internacionais nas quais os signatários se comprometem em não tributar determinados fatos.

Na última hipótese temos que, a não tributação em decorrência de tratados internacionais, pode ser intencional ou acidental. Embora situação

⁶⁹¹ **Introdução do item 3 dos Comentários à Convenção-Modelo do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE:** “Este é o principal objetivo da Convenção-Modelo da OCDE sobre Tributação de Renda e do Capital, a qual assegura um mecanismo de solução, em bases uniformes, dos problemas mais comuns que surgem no campo da dupla tributação jurídica internacional”. “1. Estes artigos tratam da assim chamada dupla tributação jurídica, que ocorre quando a mesma renda ou capital é tributada nas mãos da mesma pessoa, por mais de um Estado. 2. Esta hipótese deve ser distinguida especialmente da assim chamada dupla tributação econômica, quando duas pessoas diversas são tributadas sobre a mesma renda ou o mesmo capital. Se dois Estados desejam resolver problemas relativos à dupla tributação econômica, devem eles fazê-lo através de negociações bilaterais”.

⁶⁹² XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 512.

mais rara, é intencional quando nenhum dos Estados que possui o direito de tributar o deseja.

Por outro lado, é acidental quando não foram previstas situações que apenas são pensadas posteriormente ou quando surgem conflitos relacionados a qualificação dos termos contidos nos tratados. Esta espécie seria fruto da falta de clareza dos tratados, o que geraria por sua vez casos de reserva mental, levando a fatos geradores não tributados por nenhum dos entes contratantes.

Embora a dupla tributação e dupla não tributação sejam figuras opostas, ambas são realidades indesejadas pelos Estados e os estimulam a buscar mecanismos de coibição.

A dupla tributação, como já foi tratada, leva à perda de investimentos estrangeiros, assim como estimular a utilização de medidas elisivas pelos contribuintes; A dupla não tributação, por sua vez fere princípios tributários internacionais como o da isonomia e o da não discriminação, bem como contraria o entendimento dos Fiscos de tributar quaisquer situações consideradas tributáveis.

As soluções mais utilizadas até o momento são as convenções internacionais, as quais objetivam evitar e eliminar a ocorrência destes fenômenos. Nos últimos 50 anos os tratados internacionais cresceram em número exponencialmente para combater a dupla tributação, entretanto, não há tratados que visem evitar explicitamente a dupla não tributação, sendo esta uma consequência positiva de um “bom” tratado⁶⁹³.

Competição Fiscal Danosa

Outro importante obstáculo ao combate da evasão fiscal internacional é a Competição Fiscal Danosa. Assim como a dupla tributação a competição tributária danosa é fruto de ações governamentais, porém estas por sua vez são intencionais.

⁶⁹³ CABRAL, Flávio Garcia. Dupla Tributação Internacional e Dupla não Tributação, 2009, pg. 2.

A competição fiscal danosa ou agressiva, como também é chamada, é um dos efeitos negativos advindos da internacionalização das economias mundiais e do crescimento de práticas elisivas e do fenômeno da pluritributação, como constatado em relatório da OCDE⁶⁹⁴.

Competição Fiscal Danosa pode ser compreendida como o desenvolvimento de políticas fiscais pelo Estado no intuito de desviar capitais financeiros e outros de alta mobilidade através da concessão de benefícios variados, o que por si só seria capaz de induzir potenciais distorções nos padrões de comércio e investimento, levando a redução do bem-estar da população de algumas nações, uma vez que a tributação é a principal fonte de manutenção dos Estados Modernos.

No decorrer do processo de globalização as políticas fiscais de um Estado passaram a repercutir de forma mais intensa em outras nações, fenômeno chamado de externalidades pelo Direito Econômico e pela Economia, além de influenciar diretamente na economia doméstica. Estas externalidades podem ser positivas ou negativas para a arrecadação tributária de outros Estados.

A competição tributária em si não gera externalidades negativas, pois enquanto acompanha os limites da normalidade a competição é um estímulo essencial ao desenvolvimento e a busca por maior eficiência nas atividades do Estado. Deste modo, a alteração das legislações tributária com o propósito de atrair investimentos internacionais é uma prática bastante disseminada e que acompanhou o processo de globalização e inter-relação entre as economias, o que por si só não é danoso às economias mundiais.

Entretanto a ação não coordenada nessas alterações provoca a competição tributária danosa, pois passasse a oferecer tratamento

⁶⁹⁴ OECD. *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*, pg. 14, OECD Publications. No original: "(...) globalization has had a positive effect on the development of tax systems. Globalization has, however, also had the negative effects of opening up new ways by which countries can exploit these opportunities by developing tax policies aimed primarily at diverting financial and others geographically mobile capital. These actions induce potential distortions in the patterns of trade and investment and reduce global welfare. As discussed in detail below, these schemes can erode national tax bases of other countries, may alter the structure of taxation (by shifting part of the tax burden from mobile to relatively immobile factors and from income to consumption) and may hamper the application of progressive tax rates and the achievement of redistributive goals. (...) More generally, tax policies in one economy are now more likely to have repercussions on other economies. These new pressures on tax apply to both business income in the corporate sector and to personal investment income."

diferenciado aos capitais internacionais, distinguindo-se os contribuintes globalizados dos não globalizados, provocando assim distorções⁶⁹⁵.

Distinguem-se, portanto, a existência de dois tipos principais de concorrência no âmbito das jurisdições tributárias, sendo a competição tributária justa (*fair tax competition*) e a competição tributária danosa (*harmful tax competition*).

Primeiramente, a competição tributária justa, como o próprio nome demonstra é a competição que se encontra dentro dos limites “saudáveis” da disputa fiscal entre diferentes nações. Compreende-se como justa quando cada Estado é capaz de atingir um estado de homeostase entre a redução da carga tributária e a manutenção da arrecadação tributária em níveis adequados com os deveres de prestação de serviços públicos fundamentais à população, além da própria manutenção do Estado⁶⁹⁶.

É necessário compreender que reduções e benefícios fiscais apenas são concedidos quando a maior eficiência do Estado em suas obrigações fiscais de arrecadação e fiscalização consegue reduzir custos e decide por refleti-los em “benesses” visando atrair maiores investimentos e, conseqüentemente, aumentar a arrecadação. Portanto, para se apresentar de forma “justa” é mandatário que os benefícios fiscais advenham diretamente da maior eficácia das instituições.

De forma diametralmente oposta temos a competição tributária danosa, que por sua vez se caracteriza pela concessão de vantagens e benefícios fiscais de forma seletiva e/ou sem a contrapartida da maior eficiência dos institutos fiscais. Neste sentido segue comentário do professor Túlio Rosembuj da Universidade de Barcelona.

“ajudas de Estado, gênero no qual os auxílios que impliquem redução da carga tributária são uma espécie, que são concedidas de modo seletivo a setores específicos da economia ou então a alguns operadores privados em detrimento de outros seriam passíveis de contestação frente a organizações internacionais que

⁶⁹⁵ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira e SILVA, Lauriana de Magalhães. **Concorrência Tributária Internacional e Soberania**, pg. 16.

⁶⁹⁶ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira e SILVA, Lauriana de Magalhães. **Concorrência Tributária Internacional e Soberania**, pg. 17.

defendem o livre comércio, tal como a Organização Mundial do Comércio (OMC)⁶⁹⁷.

Ante a multiplicidade de ações que podem caracterizar uma política fiscal agressiva é necessário exemplificar algumas ações, lembrando sempre que não se trata de um rol fechado. Dentre as principais ações temos: (i) nenhuma ou baixa carga tributária; (ii) “*ring-fencing*” (tributação de incentivos fiscais específicos para contribuintes estrangeiros); (iii) falta de transparência; (iv) falta de efetiva troca de informações com outras jurisdições fiscais; (v) definição artificial da base de cálculos dos tributos; (vi) ausência de normas relativas a preços de transferência; (vii) isenções concedidas aos rendimentos de origem estrangeira; (viii) alíquota ou base de cálculo nominais negociáveis com a administração tributária; (ix) sigilo sobre determinadas informações (e.g. composição societária); (x) promoção/aceitação de estruturas fiscais destinadas à redução da carga tributária; (xi) ausência de efetiva realização de atividade econômica⁶⁹⁸.

Ante o discutido até o momento, o século XX exigiu o desenvolvimento de políticas voltadas ao combate à competição fiscal danosa entre jurisdições distintas. O Brasil em razão de sua inserção nos mercados mundiais passou a integrar os debates e a busca por soluções. No momento em que este debate foi iniciado o Brasil se encontrava justamente em busca de reformas tributárias, que acabaram por culminar entre outras coisas no Código Tributário Nacional (CTN), uma vez que em relação aos investimentos internacionais a estratégia adotada pelo governo era a atração de capital internacional através de isenções e benefícios que levaram a uma desestabilização da balança orçamentária nacional, demonstrando total “indisciplina fiscal”, o que por sua vez gerou um elevado aumento da dívida externa levando a estagnação econômica e a crise econômica enfrentada durante a década de 1980 e 1990.

⁶⁹⁷ ROSEMBUJ, Tulio. *Derecho Fiscal Internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001, pg. 275.

⁶⁹⁸ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Direito Tributário Internacional: Contextualização do Debate Atual*, pg. 16.

Paraísos Fiscais e o Tratamento Fiscal Brasileiro

Até o momento foram tratados dois dos três principais problemas advindos das mudanças estruturais dos mercados mundiais, bitributação e competição tributária danosa, restando debater acerca dos paraísos fiscais e sua contribuição no desequilíbrio do sistema.

Os paraísos fiscais surgem em consequência dos aumentos progressivos das tributações nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, o que acaba por tornar a prática das atividades empresariais algo bastante oneroso, por exemplo, levando a procura por parte das empresas de locais onde a tributação possa ser considerada “privilegiada”.

A despeito do senso comum os paraísos fiscais em si não são ilegais e sua existência não é necessariamente prejudicial, assim como defende estudo do National Bureau for Economic Research (NBER) em sua publicação de nome “*Why Europe should love tax competition – and the U.S. even more so*”. Neste trabalho se compreendeu que a concorrência fiscal é uma prática de mais benefícios que prejuízos assim como os paraísos fiscais, uma vez que ambos levariam os governos a cortes de gastos governamentais improdutivos, incluídos benefícios e pagamentos a políticos⁶⁹⁹.

Cabe destacar que a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) composta pelas principais economias mundiais, inclusive os Estados Unidos da América, apresentam entendimento frontalmente contrário a NBER, considerando que a concorrência fiscal é uma ameaça ao “Estado de Bem-Estar”, como será visto em breve.

A questão suscitada será trabalhada melhor a diante, porém, inicialmente devemos compreender no que consistem os paraísos fiscais.

A princípio, partindo do conceito de paraíso fiscais estabelecido pela Empresa Investopedia, responsável por pesquisas na área de educação financeira, paraíso fiscal é o país, político e economicamente estável, que

⁶⁹⁹ JANEBA, Eckhard e SCHJELDERUP, Guttorm. *Why Europe Should Love Tax Competition and the U.S. Even So*, 2004, pg. 2.

oferece as pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras taxas tributárias mínimas com pouco ou nenhum compartilhamento de informações com autoridades fiscais estrangeiras⁷⁰⁰.

Segundo a definição apresentada os paraísos fiscais seriam Estados ou áreas nas quais pessoas físicas ou jurídicas apresentam responsabilidades tributárias “mínimas” em um ambiente político e economicamente estáveis. Por fim, o conceito ainda estabelece um requisito discutível, o qual seria a necessidade de haver pouca ou nenhuma informação financeira compartilhada com autoridades fiscais estrangeiras.

Outra definição é a estabelecida por Heleno Torres, referência doutrinária na área de Direito Tributário Internacional:

A definição de “países com tributação favorecida”, como vem sendo apresentada pela doutrina, designa aqueles países que, para o tratamento fiscal dos rendimentos de não residentes ou equiparados a residências, aplicam uma “reduzida” ou “nula” tributação sobre os rendimentos e que contam ainda com segredo bancário, falta de controle de câmbios e mantém uma grande flexibilidade para a constituição e administração de sociedades locais⁷⁰¹.

Embora as definições apresentadas em muito se assemelhem, não é possível tomá-las como conceito definitivo, uma vez que não é possível classificar com precisão um paraíso fiscal. A depender dos critérios ou parâmetros adotados uma nação pode ser considerada um paraíso fiscal ou não.

Um exemplo são os Estados Unidos da América, se avaliarmos unicamente sua carga tributária pode ser considerado um paraíso fiscal para

⁷⁰⁰ Investopedia. “What is a ‘Tax Haven’”. “A tax haven is a country that offers foreign individuals and businesses a minimal tax liability in a politically and economically stable environment, with little or no financial information shared with foreign tax authorities. Tax havens do not require individuals to reside in or businesses to operate out of their countries to benefit from local tax policies. Due to the globalization of business operations, an increasing number of U.S. corporations, including Microsoft, Apple and Alphabet, are keeping cash in offshore tax havens to minimize corporate taxes.”

⁷⁰¹ TORRES, Heleno. **Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pg. 79. In Planejamento Tributário. Edison Carlos Fernandes. São Paulo: MP Editora, 2007, pg. 22-23.

os cidadãos europeus, uma vez que a carga tributária norte-americana é de 29% do PIB comparado com 42% no caso europeu⁷⁰².

Outro exemplo bastante elucidativo da questão tratada é que vários países considerados paraísos fiscais apresentam tributação as vezes mais elevadas que as do Brasil, entretanto, são considerados “*Tax Havens*” em razão de seu segredo bancário e não compartilhamento de informações com as nações estrangeiras.

No direito brasileiro não há um conceito objetivo do que é um paraíso fiscal, porém na Lei 9.430/96 estipula de forma objetiva que paraíso fiscal é aquele que tributa em alíquota inferior a 20% pessoas físicas e ou jurídicas. Entretanto, apenas este critério não é suficiente, portanto a lei pátria exige ainda que o regime tributário investigado possua formas societárias ou de investimento que permitam um tratamento fiscal privilegiado⁷⁰³.

Outras espécies normativas que tratam desta matéria são desenvolvidas através de Atos Declaratórios ou Instruções Normativas da Receita Federal, por exemplo, temos a Instrução Normativa nº 188/2002 que elenca países com tributação privilegiada em razão de terem baixa tributação e/ou sigilo societário. Esta lista não é taxativa ou vinculante e é atualizada de tempos em tempos⁷⁰⁴.

Tomando um momento para comparar as visões que a NBER e a OCDE possuem acerca dos paraísos fiscais, temos que a NBER considera que a competição fiscal assim como os paraísos fiscais contribuem para que os governos criem políticas governamentais que objetivem reduzir gastos desnecessários assim como a criação de políticas fiscais mais eficientes, o que acabaria por beneficiar a sociedade.

Embora, os estudos realizados pela NBER tenham embasamento teórico e um bom levantamento de dados, a realidade internacional encontra-se mais próxima do entendimento da OCDE onde a competição fiscal danosa assim como os paraísos fiscais promove a evasão fiscal, além de diversas desvantagens comerciais e financeiras.

⁷⁰² MASON, Frederick Mario. **Concorrência Fiscal Internacional e Paraísos Fiscais**, pg. 10.

⁷⁰³ MASON, Frederick Mario. **Concorrência Fiscal Internacional e Paraísos Fiscais**, pg. 14.

⁷⁰⁴ MASON, Frederick Mario. **Concorrência Fiscal Internacional e Paraísos Fiscais**. pg. 16.

Isto, por que o fator-chave dos “*Tax Havens*” é o sigilo bancário, na medida em que oculta a origem e o destino do capital administrado, a identidade dos parceiros comerciais e financeiros da empresa, os montantes transferidos, as datas de movimentação financeira, enfim, aspectos que conforme os ramos de atividade em jogo podem ser vitais para a própria sobrevivência dos empreendimentos a médio e longo prazo.

Os paraísos fiscais são instrumentos lícitos de planejamento fiscal, entretanto sua “criminalização” ocorre quando são prejudiciais à realidade econômica internacional à medida que diversos países apresentam cargas tributárias elevadas, chamados de “*Tax Hells*”. Porém, como já foi afirmado, uma das maiores razões para a “popularização” dos paraísos fiscais é a obtenção do completo sigilo bancário e fiscal⁷⁰⁵.

Sigilo bancário completo é um perigo, principalmente, por possibilitar a criação de empresas ou outros institutos capazes de artificialmente disfarçar movimentações financeiras e lucros, dificultando seu rastreio e sua tributação pelos países detentores destes créditos⁷⁰⁶.

Essas características são as responsáveis pela grande disseminação dos paraísos fiscais e por estimular seu combate em nível mundial pelas grandes economias do globo.

No Brasil o tratamento legislativo acerca dos paraísos fiscais é recente tendo iniciado de forma indireta em 1996 e se apresentado de forma mais contundente em 2002.

As primeiras discussões em nível mundial relacionadas aos paraísos fiscais foram iniciadas pela OCDE quando definiu que os “Países com Tributação Favorecida” intensificavam o fenômeno da competição tributária injusta.

Foi frente às pressões da OCDE que, mesmo não sendo membro até o momento, o Brasil introduziu em seu ordenamento jurídico as primeiras normas direcionadas ao combate de práticas elisivas. Neste sentido, a

⁷⁰⁵ CAVALCANTE, Denise Lucena e FARIAS, Rui Barros Leal. **Paraísos Fiscais: O liame entre o planejamento fiscal internacional e as práticas evasivas danosas.** pg 6.

⁷⁰⁶ CAVALCANTE, Denise Lucena e FARIAS, Rui Barros Leal. **Paraísos Fiscais: O liame entre o planejamento fiscal internacional e as práticas evasivas danosas.** pg 6.

primeira lei criada foi a nº 9.430/96 que em seu artigo 24 estabeleceu as primeiras normas quanto aos preços de transferência.

Embora a referida lei não trouxesse a distinção “país com tributação favorecida” ou “regime fiscal privilegiado” era evidente sua destinação a estes locais, uma vez que determina a adoção de preço de transferência à remessa de valores destinados aos residentes ou domiciliados em países que não tributassem renda ou que a tributação fosse sob alíquotas máximas inferiores a 20% (vinte por cento).

Acompanhando o contexto internacional em agosto de 2002 foi criada pela Receita Federal Brasileira a Instrução Normativa nº. 188, responsável por ampliar a definição de paraísos fiscais adotada até o momento. A partir desta instrução, segundo seu artigo 1º, seriam países de tributação privilegiada aqueles que não tributassem a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% ou, ainda, cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade. É evidente com a referida definição demonstrava preocupação com o sigilo fiscal existente nos paraísos fiscais.

Mesmo diante da ampliação da definição o governo federal sentiu a necessidade de aumentar a rigidez de suas cobranças, tendo, por exemplo, aumentado a alíquota de Imposto de Renda retido em fonte de 15% (quinze por cento) para 25% (vinte e cinco por cento) sobre os acréscimos de capital por residentes ou domiciliados nos países de tributação privilegiada.

Entretanto, as práticas elisivas e evasivas mantiveram acelerado ritmo de crescimento, o que demonstrou que o atual tratamento ainda era ineficiente à coibição destas práticas. Este contexto culminou na segunda lei de maior relevância ao combate destas práticas, Lei nº 11.727 de 2008.

A Lei nº 11.727 buscou ampliar seu conceito quanto aos PTFs passando abarcar os países em acordo com a definição do art. 1º da IN 188 da RFB e os países que concedessem vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país.

Ainda em razão da insuficiência de resultados com as referidas regras foi criada nova IN em substituição a de nº 188 na tentativa de maximizar os

efeitos de combate aos *Tax Heavens*. A IN nº 1.037/2010 atualizou o rol de PTF - rol este considerado pelo princípio da estrita legalidade em matéria tributária exaustivo -, além de listar os regimes fiscais privilegiados nos termos da Lei 11.727/08.

Além de aumentar a lista de PTF para 65, incluindo a Suíça, país com o qual o Brasil mais intensificou suas operações de redirecionamento de renda nas últimas décadas, a inovação foi a criação da lista de “regimes fiscais privilegiados”.

Regimes fiscais privilegiados seriam as sociedades que não estariam abarcadas pela definição legal de países de tributação favorecida, porém ofereceriam privilégios fiscais, dentre eles formas societárias que favorecem o sigilo fiscal, objetivando inicialmente atrair investimentos.

Ante o histórico brasileiro é possível concluir que as mudanças ocorridas no decorrer das últimas décadas visaram favorecer a segurança jurídica tributária, assim como aumentar formalmente o poder fiscalizatório da RFB junto aos paraísos fiscais.

Principais Medidas do Brasil no Combate à Evasão Fiscal Internacional

Ante a complexidade da matéria como foi exposto até o momento foi possível compreender que são múltiplas as dificuldades enfrentadas para um ambiente econômica e fiscalmente equilibrados. Portanto, além dos obstáculos abordados as ações governamentais de combate devem atuar no controle de vários outros, além de regulamentar questões técnicas que também influenciam as referidas práticas.

Deste modo, seguiremos agora tratando de alguns mecanismos adotados pelo Brasil como forma de superar alguns dos mais importantes obstáculos, entretanto devemos ter em mente que, além dos abordados existem diversos dispositivos legais orientados com a finalidade específica de atribuir um tratamento mais gravoso as práticas elisivas.

O desenvolvimento de medidas eficientes também não é uma atividade simples, pois uma característica presente em grande parte das normas antielisivas incorporadas ao direito brasileiro faz uso de presunções ou de ficções que podem levar a baixa receptividade. A técnica do uso de

presunções e ficções legais podem causar duas consequências principais: (i) podem ser criadas normas menos custosas e mais eficientes; (ii) as normas criadas podem violar direitos dos contribuintes.

Portanto, estes mecanismos são capazes de gerar um trade off entre eficiência e justiça, desta forma as medidas desenvolvidas devem, além de cumprir com seus objetivos não gerarem efeitos negativos a outras garantias como a da isonomia e da legalidade, dentro outros.

OCDE e BEPS

Na busca por mudanças do sistema internacional tributário tivemos nos últimos anos diversas iniciativas, entretanto a que vem apresentando maior relevância e apoio mundial está sendo desenvolvida conjuntamente pela OCDE (*Organization for Economic Co-operation and Development*) e o grupo G20 (Grupo composto pelas 20 maiores economias do mundo).

A OCDE tem por objetivo promover políticas que sejam capazes de desenvolver a economia e o bem-estar social das populações ao redor do globo. Através da promoção de fóruns onde Estados possam trabalhar juntos, dividir experiências e procurar por soluções aos seus problemas comuns.⁷⁰⁷

A união estabelecida pela OCDE e G20 na promoção de mudanças do sistema tributário internacional advém do crescente espaço que a questão da tributação internacional vem ganhando na agenda política internacional. Com o crescimento da integração das economias e dos mercados nas últimas décadas a logística tributária até então vigente revelou uma série de inadequações ao novo contexto internacional, o que acabou por criar “oportunidades” para a “Erosão de Base e Transferência de Lucros” (*Base Erosion and Profit Shifting – BEPS*). Ante isto, fez-se necessária à busca por parte dos governos nacionais de formas de restaurar a confiança no sistema e garantir que os lucros gerados por empresas multinacionais sejam tributados onde as atividades econômicas tiveram lugar e os valores são criados.

⁷⁰⁷ MASON, Frederick Mario. **Concorrência Fiscal Internacional e Paraísos Fiscais**. pg. 14.

Com o intuito de iniciar projetos de ação, foi realizada uma série de trabalhos objetivando mensurar a magnitude do BEPS. As estimativas indicaram que as perdas de receita pela evasão de tributos das empresas (*corporate income tax* - CIT) poderiam estar entre 4% a 10% das receitas das multinacionais, o que significaria entorno de 100 a 240 bilhões de dólares anuais⁷⁰⁸.

Como é possível inferir a partir do apresentado até o momento as perdas de receitas não podem ser justificadas por uma única causa, uma vez que existe uma infinidade de ações capazes de desequilibrar o sistema tributário internacional gerando desigualdade no tratamento ao redor do globo. Dentre as práticas danosas mais comuns na atualidade temos o planejamento fiscal agressivo por parte de algumas empresas multinacionais, a interação das regras fiscais internas de diferentes nações, a falta de transparência e de cooperação entre as administrações tributárias, os limitados recursos fiscais nacionais e as práticas fiscais prejudiciais⁷⁰⁹.

A OCDE juntamente ao G20 desenvolveram uma série de estudos no intuito de compreender a situação e propor soluções. As principais conclusões obtidas serão trabalhadas a partir de agora.

Uma das primeiras constatações obtidas é que os impactos do BEPS são mais representativos nos países em desenvolvimento do que nos países desenvolvidos, isto porque os primeiros possuem maior dependência das receitas do CIT. Disto partem os primeiros entendimentos em busca de soluções, dos quais o mais básico é que numa economia globalizada os governos precisam cooperar e abster-se de práticas fiscais prejudiciais, devendo lidar de forma mais eficaz com a evasão fiscal e proporcionar um ambiente mais seguro e igualitário de atração de investimentos⁷¹⁰.

A incapacidade de alcançar tal cooperação reduziria a eficácia do CIT como uma ferramenta para a mobilização de recursos, o que teria um impacto desproporcionalmente prejudicial nos países em desenvolvimento.

⁷⁰⁸ OECD. *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. 2015 Final Reports.

⁷⁰⁹ OECD. *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. 2015 Final Reports.

⁷¹⁰ OECD. *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. 2015 Final Reports.

Os trabalhos desenvolvidos no Plano de Combate ao BEPS iniciaram com a consolidação dos primeiros sete relatórios apresentados e recebidos pelos líderes do G20 na Cúpula de Brisbane em 2014, o qual levou 2 anos serem consolidados e gerarem os primeiros acordos.

A “comoção” gerada entre as maiores economias mundiais se deve principalmente à necessidade urgente de restaurar a confiança das pessoas comuns na justiça de seus sistemas tributários, de igualar o campo de atuação entre as empresas e fornecer aos governos instrumentos mais eficientes para garantir a efetividade de suas políticas fiscais soberanas. Também era imperativo avançar rapidamente para tentar limitar os riscos de os países tomarem medidas unilaterais descoordenadas que possam enfraquecer os principais princípios fiscais internacionais que constituem um quadro estável para os investimentos transfronteiriços.

O relatório da OCDE quanto a Erosão da Base e Transferência de Lucros realizado em 2013 concluiu que nenhuma regra de imposto único por si só cria ambiente propício as práticas danosas que vem sendo discutidas. Portanto, a erosão fiscal seria fruto da interação entre diferentes deficiências do sistema fiscal nas diversas nações do globo. Identificou-se que um contexto de oportunidades favoráveis, ou ao menos permissíveis às práticas fiscais danosas, são responsáveis pela ampla disseminação da evasão fiscal⁷¹¹.

O relatório concluiu ainda que algumas práticas apresentam maior taxa de afetação, dentre elas as leis e regras internas que não são coordenadas através das fronteiras, as normas fiscais internacionais que nem sempre acompanharam a mudança do ambiente empresarial global e a ausência generalizada de informações relevante ao nível das administrações fiscais e dos decisores políticos⁷¹².

Se analisarmos de forma mais profunda as três práticas referidas com maior taxa de afetação temos que estão relacionadas diretamente com o discutido no artigo até o momento. A falta de compasso entre as legislações

⁷¹¹ OECD. *Action Plano on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013.

⁷¹² OECD. *Action Plano on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013.

internas e internacionais é a principal causa da ocorrência das práticas de bitributação e pluritributação.

Enquanto a ausência generalizada de informações está intimamente relacionada a existência dos paraísos fiscais e as práticas agressivas de atração de investimentos as custas da evasão fiscal dos lucros gerados pelas multinacionais em diversos territórios.

Após a conclusão dos primeiros compilados a OCDE juntamente ao G20 desenvolveram um pacote de medidas a serem implementadas através de disposições de tratados de forma coordenada, apoiadas por um controle orientado e reforço da transparência, tendo como objetivo principal combater as estruturas de BEPS atacando de forma ampla suas causas de raiz e não apenas os sintomas.

Os idealizadores das medidas do “Plano de Ação BEPS” entendem que a implementação destas seriam capazes de melhor alinhar a localização dos lucros tributáveis com a localização das atividades econômicas e criação de valor, além de criar um ambiente de transparência das informações fiscais, onde as autoridades fiscais teriam as informações necessárias a devida aplicação de seus ordenamentos tributários. Seriam ainda objetivos dessas medidas minimizar ou eliminar a incidência da dupla tributação, a melhoria da resolução de litígios, bem como o estabelecimento de mecanismos de apoio e acompanhamento da aplicação das medidas.

Com a consolidação dos estudos e relatórios até o presente momento a OCDE desenvolveu um pacote com 15 medidas destinadas ao combate das práticas de BEPS em sua variedade de “frontes”.

Passaremos agora a explicar de forma sucinta as 15 medidas do pacote BEPS.

Quinze Medidas do BEPS

O pacote BEPS consiste em um grupo de medidas que possuem o intuito de sanar múltiplas deficiências do sistema tributário internacional que surgiram como reflexo da globalização e da inter-relação entre as economias mundiais.

Uma observação que deve ser realizada é que, como pode ser percebido até então, os principais problemas fiscais assim como as suas soluções se direcionam mais especificamente ao tratamento das atividades relacionadas as empresas multinacionais. Isto ocorre em razão de as atividades por pessoas físicas apresentarem menor relevância quando comparada as atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas em relação ao montante gerado por cada uma destas, porém isso não significa que as práticas danosas das pessoas físicas ficaram inalteradas.

Diversas das alterações que se fazem necessárias influem nas práticas das pessoas físicas, dentre as principais temos a transparência fiscal. Existindo uma maior cooperação entre os Estados soberanos na troca de informações acerca das saídas e entradas de montantes financeiros se torna possível fiscalizar e conseqüente punir a evasão fiscal realizada por pessoa física, práticas bastante comuns, por exemplo, no Brasil.

A primeira medida relaciona-se ao desafio fiscal no tratamento da economia digital. De acordo com os relatórios desenvolvidos a economia digital não pode ser circunscrita, uma vez que além de ultrapassar com extrema facilidade qualquer território soberano vem nas últimas décadas misturando-se intimamente com a própria economia *lato sensu*⁷¹³.

Nesse sentido, foram desenvolvidas regras e mecanismos de implementação para ajudar a cobrar os impostos sobre o valor agregado (VAT), baseando-se no país em que o consumidor se encontra no caso de transações transfronteiriças entre empresas. Estas medidas destinam-se a nivelar o jogo entre os fornecedores nacionais e estrangeiros e facilitar a cobrança eficiente do VAT devido sobre estas transações.⁷¹⁴

A segunda medida se destina a neutralização dos efeitos de arranjos fiscais híbridos incompatíveis, ou seja, visa impedir que as diferenças no tratamento fiscal de uma entidade ou instrumentos sob as leis de duas ou

⁷¹³ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 1: 2015 Final Reports.*

⁷¹⁴ *In the case of a perfectly competitive market for digital goods and services, the incidence of the corporate income tax increase is likely to be borne by labour in the affected foreign suppliers production country and consumers in market countries, depending on the importance of the affected suppliers with similar cost structures and the availability of alternative goods and services. If the market is imperfectly competitive, the corporate income tax increase is likely to be borne principally by the equity owners of the affected foreign suppliers.*

mais jurisdições fiscais possam ser explorados para se conseguir a dupla não tributação. Este tipo de comportamento fiscal ocorre de forma generalizada resultando em substancial erosão das bases tributáveis dos países em causa, afetando de forma global a concorrência, a transparência das informações fiscais, assim como a eficiência e equidade da tributação por cada nação que lhe for de direito⁷¹⁵.

Estas ações visam facilitar a convergência das práticas domésticas de cada nação como forma de refrear ou neutralizar os referidos arranjos fiscais. Desta forma, tem-se que a solução de tal questão é a eliminação de benefícios fiscais obtidos em razão da incompatibilidade entre jurisprudências, e pôr fim as múltiplas deduções onerosas para uma única despesa, as deduções em um país sem tributação correspondente em outro e a geração de múltiplos créditos tributários “estrangeiros” sobre um montante de tributos pagos. Ao neutralizar as incompatibilidades sem interferir com a utilização dos instrumentos e entidades fiscais, as regras inibirão a utilização destes mecanismos como um instrumento para o BEPS sem afetar negativamente o comércio e o investimento transfronteira.

A terceira ação está relacionada ao reforço das regras que regem as empresas controladas no exterior. Embora seja reconhecido que a eficácia destas ações dependerá de questões relacionadas à política doméstica de cada jurisdição, deve-se compreender que as recomendações foram desenhadas para garantir que os Estados que escolherem por sua implementação terão regras que impedem efetivamente os contribuintes de transferir renda para subsidiárias estrangeiras⁷¹⁶.

Os relatórios identificam os desafios às regras de CFC (*Controlled Foreign Company*) existentes, representadas pela renda móvel, como a propriedade intelectual, os serviços e as transações digitais, e permite que as jurisdições reflitam sobre as políticas apropriadas a esse respeito. O trabalho enfatiza que as regras do CFC têm um papel importante e continuado na

⁷¹⁵ OECD. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 2: 2015 Final Reports.*

⁷¹⁶ OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company (CFC) Rules, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 3: 2015 Final Reports.*

abordagem do BEPS, como um *backstop* para preços de transferência e outras regras.

Em quarto estão as ações que objetivam limitar a erosão da base por meio de deduções de juros e outros pagamentos financeiros. É sabido que uma abordagem comum para facilitar a convergência das regras nacionais no domínio da dedutibilidade de juros⁷¹⁷.

A influência das regras fiscais sobre a localização da dívida dentro de grupos multinacionais tem sido estabelecida em vários estudos acadêmicos e é bem conhecido que os grupos podem facilmente multiplicar o nível de dívida ao nível da entidade do grupo individual via financiamento intragrupo. Ao mesmo tempo, a capacidade de obter deduções de juros excessivos, incluindo aquelas que financiam a produção de rendimentos isentos ou diferidos, deve ser abordada de forma coordenada, dada a importância de abordar considerações de competitividade e de assegurar que as limitações de despesas de juros apropriadas não conduzam a dupla tributação. A abordagem comum visa assegurar que as deduções de juros líquidas de uma entidade estão diretamente ligadas ao rendimento tributável gerado pelas suas atividades econômicas e promover uma maior coordenação das regras nacionais neste espaço.⁷¹⁸

A quinta ação é uma das mais importantes, além de que a melhor relacionada ao presente trabalho. Esta ação se destina ao combate mais eficiente as práticas fiscais danosas levando em consideração a necessidade da transparência fiscal nesta “batalha”⁷¹⁹.

As preocupações atuais sobre as práticas fiscais danosas estão relacionadas principalmente a escolha de regimes fiscais que ofereçam

⁷¹⁷ OECD. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and other Financial Payments, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 4: 2015 Final Reports.*

⁷¹⁸ “Most countries tax debt and equity differently for the purposes of their domestic law. Interest on debt is generally a deductible expense of the payer and taxed at ordinary rates in the hands of the payee. Dividends, or other equity returns, on the other hand, are generally not deductible and are typically subject to some form of tax relief (an exemption, exclusion, credit, etc.) in the hands of the payee. While, in a purely domestic context, these differences in treatment may result in debt and equity being subject to a similar overall tax burden, the difference in the treatment of the payer creates a tax-induced bias, in the cross-border context, towards debt financing. The distortion is compounded by tax planning techniques that may be employed to reduce or eliminate tax on interest income in the jurisdiction of the payee”.

⁷¹⁹ OECD. *Countering Harmful Tax Practices more Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 5: 2015 Final Reports.*

através de falta de transparência em relação a operações econômicas informações artificiais acerca da transferência de lucros de empresas multinacionais.

Neste sentido, o relatório que deu razão a 5^o ação estabelece uma norma mínima para avaliar se existe uma atividade substancial num regime de tributação privilegiada. Ou seja, busca-se com esta metodologia verificar se a tributação que ocorre nestes “paraísos fiscais” se justifica através da ocorrência do fato gerador responsável por sua incidência ou se a tributação é atraída a esses locais de forma artificial no intuito evadir valores dos reais credores destes tributos. Através desta medida se tende a impedir que um país ofereça uma tributação privilegiada como forma de se tornar mais convidativo a manutenção de lucros ou a própria tributação que em outras nações mesmo que o fato gerador destes tributos não tenha ocorrido neste território.⁷²⁰

Seguindo este princípio temos que aplicando esta medida seria exigida a ocorrência de atividades substanciais para que um regime conceda benefícios a um contribuinte na medida em que o contribuinte efetua as atividades geradoras de rendimentos essenciais necessárias para produzir o tipo de rendimento abrangido pelo regime especial.

No domínio da transparência, deverá ocorrer entre as nações envolvidas uma espontânea, porém obrigatória, troca de informações acerca da ocorrência de ações que busquem tirar proveito da situação fiscal de cada nação nos termos estabelecidos pelo relatório da OCDE como responsáveis pelo BEPS.

A sexta medida busca prevenir o abuso sobre tratados, seria a criação de mecanismos capazes de defender o “bom uso” dos tratados fiscais de forma que não sejam utilizados de forma abusiva em razão de lacunas ou flexibilidades que apresentem. O “abuso” que se visa coibir são as estratégias através das quais uma pessoa que não é residente e não

⁷²⁰ *In the context of IP regimes such as patent boxes, consensus was reached on the “nexus” approach. This approach uses expenditures in the country as a proxy for substantial activity and ensures that taxpayers benefiting from these regimes did in fact engage in research and development and incurred actual expenditures on such activities.*

desenvolveu atividade econômica tributável em um Estado tenta obter os benefícios de um tratado fiscal celebrado por esse Estado⁷²¹.

Outras alterações ao Modelo de Convenção Tributária da OCDE foram acordadas para garantir que os tratados não impeçam inadvertidamente a aplicação de regras nacionais “anti-abuso”.

Com sétima ação temos a preocupação com as empresas que artificialmente buscam fugir do status de estabelecimentos permanentes. Isto em razão de que os tratados fiscais, geralmente, preveem que os lucros empresariais de uma empresa estrangeira são tributáveis num Estado apenas na medida em que a empresa tem nesse Estado um estabelecimento permanente ao qual os lucros são atribuíveis⁷²².

A definição de estabelecimento permanente incluída nos tratados fiscais é, por conseguinte, crucial para determinar se uma empresa não residente deve pagar imposto sobre um rendimento noutra Estado. Conceito inicialmente definido no artigo 5º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE sofreu alterações com o relatório criado pela OCDE junto ao G20, adaptando-o melhor a realidade mundial, alterações as quais visam anular técnicas utilizadas para evitar inadequadamente onexo fiscal, incluindo através da substituição de distribuidores por acordos comissionários ou através da fragmentação artificial de atividades empresariais.

As ações 8, 9 e 10 estão voltadas a solução de uma mesma questão, portanto, vem sendo tratadas de forma conjunta nos Relatórios da OCDE, pois referência a medidas em prol de assegurar que o “*transfer pricing outcomes*” sejam correspondentes aos “*value creation*”⁷²³.

As regras de preços de transferência, inicialmente definidas nos artigos 9º da Convenção-Modelo da OCDE e na Convenção-Modelo das Nações Unidas, são utilizadas para determinar, com base no princípio da plena concorrência dentro de um grupo de MNE (*Multinational Enterprise*). As normas existentes nesta área foram clarificadas e reforçadas, incluindo as

⁷²¹ OECD. *Preventing the Granting of Treaty Benefits Inappropriate Circumstances, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 6: 2015 Final Reports.*

⁷²² OECD. *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 7: 2015 Final Reports.*

⁷²³ OECD. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Actions 8, 9 and 10: 2015 Final Reports.*

orientações sobre o princípio de independência e uma abordagem para garantir que fixação de preços adequados dos bens incorpóreos de difícil valor tenha sido acordada no âmbito do princípio da plena concorrência.

O relatório combinado contém orientações revistas que respondem a estas questões e garante que as regras de preços de transferência garantam resultados que melhor alinham os lucros operacionais com as atividades econômicas que os geram.

Medição e Monitorização do BEPS é a décima primeira ação do pacote de medidas. Existem centenas de estudos empíricos que mostram evidências de transferência de lucros motivados por impostos, usando diferentes fontes de dados e estratégias de estimativa. Embora a medição do escopo do BEPS seja desafiadora dada a complexidade do BEPS e limitações de dados existentes, vários estudos recentes sugerem que as perdas de receita global do CIT devido ao BEPS podem ser significativas.

A ação 11 também se encontra relacionada a obtenção de informações, porém avaliar a qualidade das informações que se consegue obter assim como os métodos utilizados para isso. Conclui-se que as significativas limitações de informações restringem severamente a análise econômica de escala e do impacto das práticas economicamente erosivas, além de se fazer necessária a melhora da coleta de dados e suas metodologias⁷²⁴.

Observada a limitação dos dados, construiu-se um painel com seis indicadores do BEPS, os quais forneceriam, mesmo que de forma rudimentar, onde há práticas erosivas e se estas estariam aumentando ou diminuído.

Análises mais recentes realizadas pela OCDE estimam, reconhecendo a complexidade desta tarefa em razão da falta de dados e metodologias pouco eficiente, que as perdas globais de receitas com a evasão fiscal das multinacionais encontram-se entre USD 100 a 240 bilhões por ano.

A pesquisa também descobriu distorções econômicas não-fiscais significativas decorrentes do BEPS e propõe recomendações para aproveitar

⁷²⁴ OECD. *Measuring and Monitoring BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 11: 2015 Final Reports.*

melhor os dados fiscais disponíveis e melhorar as análises para apoiar o monitoramento do BEPS no futuro, inclusive através de ferramentas analíticas para ajudar os países a avaliar os efeitos fiscais do BEPS e impacto das contramedidas BEPS para seus países. Para o futuro, o aperfeiçoamento da análise econômica e do monitoramento do BEPS exigirá que os países melhorem a coleta, compilação e análise de dados.

A ação 12, ainda trata da problemática relacionada à falta de informações e de transparência, porém propõe que se exija dos contribuintes que revelem seus planejamentos tributáveis danosos. Propõe que conhecendo as práticas utilizadas pelos contribuintes de cada país e a forma com que se utilizam do sistema para evadir valores o combate se torna melhor direcionado⁷²⁵.

A falta de informações tidas como oportunas, abrangentes e relevantes sobre estratégias agressivas de planejamento tributário é um dos principais desafios enfrentados pelas autoridades fiscais em todo o mundo. O acesso antecipado a essas informações proporciona a oportunidade de responder rapidamente aos riscos fiscais por meio de avaliações informadas de riscos, auditorias ou mudanças na legislação e fiscalização.

O relatório da Ação 12 é mais focado sobre os países que não possuem um tratamento melhor definido quanto a divulgação de informações e troca destas com outras soberanias. Portanto, oferece um grupo de orientações visando bem adapta-los a necessidade e cooperar e obter informações precoces sobre os sistemas de planejamento fiscal agressivo ou abusivo e os seus utilizadores.

Aproximando-se das últimas ações previstas até então pelo relatório de combate à BEPS em décimo terceiro lugar temos a necessidade de reexaminar a documentação de preços de transferência.

Uma documentação melhorada e melhor coordenada dos preços de transferência aumentará a qualidade das informações fornecidas às administrações fiscais e limitará a carga de cumprimento das obrigações das empresas. O relatório da Ação 13 contém uma abordagem padronizada em

⁷²⁵ OECD. *Mandatory Disclosure Rules, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 12: 2015 Final Reports.*

três níveis para a documentação de preços de transferência, incluindo um padrão mínimo de relatórios por País. Este padrão mínimo reflete o compromisso de implementar o modelo comum para relatórios *Country-by-Country* de forma consistente.

Em primeiro lugar, as orientações partem da necessidade de que as multinacionais forneçam às administrações fiscais informações específicas e detalhadas em seus documentos quanto aos preços de transferências de suas operações comerciais, e em uma plataforma que torne acessível e facilitado o contato de todos os entes fiscais a quem estas informações possam ser pertinentes.

Em segundo lugar, que empresas possuam uma documentação igualmente detalhada e específica sobre as transações realizadas internamente dentro de cada um dos países em que atua. Ou seja, além de possuir uma planilha com os negócios que ultrapassam uma soberania é necessário especificar em outra planilha os que se restringem a um território único.

Em terceiro lugar, é proposta a criação de uma terceira planilha nos moldes a segunda planilha, país-por-país, porém tratando agora do montante da receita, lucro antes do imposto de renda e imposto de renda pago e acumulado e outros indicadores de atividades econômicas de forma anual.

Os relatórios país a país devem ser arquivados na jurisdição da entidade principal e divididos automaticamente por meio de troca de informações de governo para governo. Em circunstâncias limitadas, mecanismos secundários, incluindo arquivamento local, podem ser usados como backup. Um plano de implementação acordado assegurará que as informações sejam fornecidas à administração tributária em tempo hábil, que a confidencialidade das informações relatadas seja preservada e que os Relatórios país por país sejam usados adequadamente.

Em conjunto, esses três níveis de documentação exigirão que os contribuintes articulem posições consistentes de preços de transferência e fornecerá às administrações tributárias informações úteis para avaliar os riscos de preços de transferência, determinar se os recursos de auditoria

podem ser mais efetivamente implantados e, fornecer informações para iniciar e segmentar inquéritos de auditoria.

A penúltima ação se debruça sobre a missão de tornar os mecanismos de resolução de disputas entre Estados soberanos que possam vir a surgir com a introdução do Projeto BEPS mais eficazes. Dentre as principais incertezas que podem surgir temos a ocorrência da dupla tributação, prática que representa um obstáculo ao comércio e ao investimento transfronteiriços⁷²⁶.

Para que essa situação seja evitada deve haver um forte compromisso político para a resolução eficaz e célere de litígios através de procedimentos de mútuo acordo. Os métodos de soluções pacíficas de conflitos devem ser estimulados (arbitragem, conciliação).

Por fim, chegamos à última medida prevista no Relatório de 2015, o qual verificou a necessidade de desenvolver instrumentos multilaterais capazes de implementar as referidas medidas adequando a realidade encontrada nos relatórios de cada um dos países participantes, assim como a suas próprias realidades domésticas⁷²⁷.

Esta última medida não foi finalizada até o presente momento e já demandou alguns encontros durante o ano de 2016 entre o grupo de países envolvidos, no intuito de desenvolver o referido instrumento multilateral.

Críticas ao BEPS e a Tímida Atuação Brasileira

A despeito de toda a iniciativa BEPS exposta acima, são diversas as críticas existentes as reformas propostas, as quais se dão de forma generalizada ao projeto, assim como de forma particularizada acerca de algumas das ações propostas.

Neste momento, trabalharemos com algumas das críticas apresentadas focando particularmente nas referentes à questão de transparência de informações fiscais e da pluritributação.

⁷²⁶ OECD. *Making Dispute Resolution Mechanisms more Effective, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 14: 2015 Final Reports.*

⁷²⁷ OECD. *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 15: 2015 Final Reports.*

É defendido por alguns estudiosos do direito tributário que a iniciativa BEPS da OCDE não é capaz de promover uma real reforma no sistema tributário internacional como se faz necessário, mas atuaria unicamente como uma forma de completar algumas lacunas pontuais do sistema.

Como pode ser observado o enfoque da OCDE é atualizar o sistema tributário internacional existente, entretanto, é questionável se as condições fiscais internacionais são passíveis de mera atualização e redefinição de conceitos ou se há necessidade de uma reforma mais radical do sistema.

Um exemplo que reforça o questionamento levantado é a questão da dupla não taxação assim como os casos de baixas taxações (paraísos fiscais) e pouca transparência das atividades fiscais associadas às práticas que artificialmente levam a estes efeitos. As raízes destes problemas não se encontram nos sintomas oriundos do regime fiscal enfermo, mas sim da estrutura inadequada do próprio regime a realidade e as necessidades existentes atualmente.

Outro ponto importante à discussão é abordado no livre de Gabriel Zucman, *The Hidden Wealth of Nations, The Scourge of Tax Havens*. Para que as medidas propostas pela OCDE tenham qualquer sucesso, um requisito de grande importância são a transparência fiscal e a cooperação entre as nações para o escambo de informações, neste sentido Gabriel Zucman define informação é a chave para o fim da evasão fiscal⁷²⁸.

Zucman assim como outros estudiosos da área compreendem que informação é essencial para que seja possível vencer a evasão fiscal, portanto o primeiro passo é a criação de um registro mundial das finanças assim como das transações domésticas e internacionais.

Muitos defendem que estes registros financeiros já existem, embora estejam fragmentados em vários bancos de dados, entretanto os mais completos e fidedignos a realidade não se encontram sobre a posse de instituições públicas, mas sim das grandes instituições financeiras privadas,

⁷²⁸ ZUCMAN, Gabriel. *The Hidden Wealth of Nations, The Scourge of Tax Havens*, 2015, pg. 18. “What is missing in this debate is data. Tax evasion by the wealthiest individuals and large corporations can be stopped, but only if we have statistics to measure it, to implement proportional penalties against the countries that facilitate it, and to monitor progress”.

como *Depository Trust Company* nos Estados Unidos da América e Banco Clearstream em Luxemburgo⁷²⁹.

A meta seria combinar os bancos de dados, expandindo-os o máximo possível com informações verossímeis e transferir sua posse a entidades públicas, combinando isso a prática da troca automática de informações entre bancos em todos os paraísos fiscais e autoridades fiscais estrangeiras seriam obtidas uma “arma letal” contra os segredos financeiros.

Porém, a maior dificuldade é como compelir estas instituições privadas a cooperar?. A criação de políticas e acordos de cooperação entre nações como propõe a OCDE com o Plano de Combate ao BEPS não é suficiente para obrigar os bancos, principalmente os localizados nos paraísos fiscais, a abandonar a opacidade financeira responsável por se tornar próspero.

Diante desta situação, inúmeras são as soluções propostas, porém uma é melhor trabalhada. Esta proposta entende que a intensificação da pressão internacional através de sanções é uma possível solução a esta questão. Ou seja, é proposto aos países prejudicados que sancionassem a falta de rigidez dos Estados considerados como paraísos fiscais em prol de que as sanções superem o lucro advindo da atração que seus privilégios fiscais causam.

Exemplo abrigado no livro *The Hidden Wealth of Nations* defende que a união entre França, Alemanha e Itália seria capaz de forçar a Suíça a divulgar todos os ativos de seus bancos pela imposição de taxas aduaneiras em alíquota de 30% sobre os produtos importados de lá, porque os custos fiscais superariam os ganhos que o país tem com a prosperidade de seus bancos.⁷³⁰

Válido destacar que embora tal medida possa atingir os resultados esperados, causaria em seu decorrer crises políticas internacionais de

⁷²⁹ ZUCMAN, Gabriel. *The Hidden Wealth of Nations, The Scourge of Tax Havens*, 2015, pg. 18.

⁷³⁰ Gabriel Zucman realiza ainda uma crítica direcionada ao Plano de Ação BEPS em seu livro: “*Third, we need to rethink the taxation of companies. The fixes recently proposed by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) are unlikely to enable much progress. Looking forward, the taxation of multinational firms should derive from their worldwide consolidated profits, and not, as is true today, from their country-by-country profits, because those are routinely manipulated by armies of accountants. A tax on consolidated profits would increase corporate tax revenue by about 20%; this would essentially benefit the large countries of Europe as well as the United States, where the kings of tax dodging— the Googles, Apples, and Amazons— produce and sell the most but often pay little in taxes.*”

grande relevância, além de que, como já foi destacada no presente trabalho, diversos países podem ser considerados paraísos fiscais dependendo dos critérios utilizados. Portanto, a quem tais medidas se direcionariam quando cada país decidisse quem seria considerado ou não um paraíso fiscal pelas próprias perdas.

Tratando de forma mais específica dos efeitos do BEPS no Brasil temos certa dificuldade em definir o resultado de cada uma das ações propostas pelo Pacote BEPS em território pátrio, isto porque em quase sua totalidade as medidas propostas ainda não foram implementadas.

Embora o Brasil seja signatário e sempre presente nas discussões desenvolvidas pela OCDE e pelo grupo G20, o qual também integra, não vem desenvolvendo um trabalho mais intenso na adaptação da realidade brasileira as medidas propostas pelo grupo.

Neste sentido, de acordo com relatório produzido pela empresa britânica Deloitte⁷³¹, nota-se que o Brasil se comprometeu a iniciar todas as ações propostas com exceção da Ação 7 (*Status* dos estabelecimentos permanentes), a qual foi solicitada revisão de seus parâmetros, porém não iniciou a implementação da maioria das ações, não havendo sequer uma estimativa de quando serão iniciadas.

As únicas ações que já foram iniciadas são a Ação 3 (CFCs), Ação 5 (Práticas Fiscais Danosas) e Ação 13 (Preços de Transferência), entretanto de forma bastante tímida e sem previsão de novos desenvolvimentos no prazo de um ano contatos deste último de setembro de 2016⁷³².

Convenções de Dupla Tributação

Uma das primeiras medidas adotadas pelo governo brasileiro para solucionar os problemas causados pelo fenômeno da pluritributação são as Convenções de Dupla Tributação, que ocorrem através da eleição bilateral de normas capazes de eliminar a dupla tributação, bem como prevenir e

⁷³¹ Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee (DTTL)

⁷³² Deloitte. **BEPS Actions implementation by country – Brazil**. 2016.

combater a evasão e elusão tributária internacional e garantir maior segurança jurídica aos contribuintes, pela certeza do direito aplicável.

As Convenções de Dupla Tributação são realizados ao redor do mundo há mais de cem anos, porém tiveram sua interpretação afetada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, mas que somente com o Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, passou a vigorar no Brasil.

Esta solução é uma das que melhor vem sendo desenvolvida pelo Brasil frente aos seus maiores parceiros comerciais, portanto, merece ser bem estudada, assim como seus principais efeitos em território pátrio.

Natureza das Normas de Direito Internacional em Matéria Tributária

Neste momento, apresento uma pequena digressão, porém importante, ao tema base do presente artigo quanto à aplicabilidade das regras contidas nos tratados e acordos internacionais. É relevante demonstrar como os institutos do Direito Tributário Internacional são tratados e vistos no Brasil pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, o que interfere diretamente em sua aplicação de forma eficiente.

Uma das questões mais tratadas pela doutrina em matéria de Direito Tributário Internacional é a natureza das normas de direito internacional em matéria tributária diante das normas de direito doméstico, ou seja, seriam as normas tributárias internacionais autoaplicáveis após o “simples” cumprimento das formalidades do processo legislativo interno ou se faria necessária a elaboração e inserção dentro da legislação interna das leis e dos institutos criados pelas normas internacionais para que estes gozassem de força de lei dentro do ordenamento jurídico interno?.

Este debate apresenta pelo menos dois polos bem definidos. De um lado a teoria monista, segundo a qual o processo legislativo de integração da norma internacional é suficiente para sua eficácia imediata, e por outro lado temos a teoria dualista, a qual compreende que as normas decorrentes de

tratados internacionais assinados pelo Brasil dependeriam da promulgação de legislação interna para apresentarem eficácia⁷³³.

No entanto definir a natureza destas normas interfere também na sua relação com a legislação interna que lhe sobrevinha e que lhe seja incompatível, isto é, seria esta capaz de revogar o tratado internacional? Se sim como fica a segurança jurídica, requisito básico para a integração do Brasil na comunidade internacional bem como para o seu próprio desenvolvimento visto do ponto de vista institucional. Embora este tema já possua precedente diante do Supremo Tribunal Federal ainda é uma discussão bastante intensa na doutrina nacional⁷³⁴.

No referido julgamento do STF se compreendeu que a Convenção de Genebra no que se tratava de letras de câmbio e notas promissórias não se sobrepunha a legislação interna, no que fossem estas discordantes. Portanto, a premissa defendida no julgamento é de que, uma vez cumpridos todos os requisitos para o ingresso do Tratado no nosso ordenamento jurídico, o mesmo passa a ter o mesmo status de lei ordinária que pode revogar o que lhe for incompatível ou então ser posteriormente revogado por legislação ulteriormente promulgada.

Convenções Internacionais e o Brasil

As Convenções Internacionais como método bilateral de combate aos fenômenos da dupla ou da pluritributação internacionais, cuja interpretação foi alterada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que passou a vigorar no Brasil a partir do Decreto 7.030 de 2009⁷³⁵.

Estas convenções visam reduzir, evitar ou eliminar a pluritributação internacional, assim como de forma indireta, combater a prática da elisão e da evasão tributária internacional, garantindo maior segurança jurídica aos contribuintes e ao próprio Fisco de cada nação.

Com a crescente relevância que a matéria ganhou no decorrer dos anos no Brasil se fez necessária inclusão no ordenamento de normas que

⁷³³ UCKMAR, Victor, CORASANITI, Giuseppe. **Manual de Direito Tributário Internacional**. Ed. Dialética, 2012, pg. 164.

⁷³⁴ RE nº 80.004/SE. Julgado em 01/06/1977.

⁷³⁵ TORRES, Heleno. **Convenções para evitar a dupla tributação após a vigência da Convenção de Viena**. 2015, pg. 1.

garantissem aos Tratados Internacionais em matéria tributária prevalência de aplicabilidade sobre a legislação infraconstitucional.

Referida prevalência tem embasamento no artigo 98 do Código Tributário Nacional, o que vem sendo confirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em seus julgados, além do art. 146, III, da Constituição Federal da República de 1988.

As convenções das quais o Brasil é signatário podem ser divididas em três classes segundo o tipo de regras que estabelecem, podendo existir mais de uma classe dentro do mesmo tratado. Em primeiro lugar, as regras que atribuem a competência tributária ao Estado da residência, a exemplo dos rendimentos de profissionais liberais e lucros das empresas multinacionais com algumas exceções. Segunda, há regras que compreendem como competente o Estado intitulado como fonte produtiva, o que ocorre no caso dos tributos incidentes sobre rendas auferidas de bens imobiliários e rendimentos de artistas ou desportistas. Por fim, temos regras que permitem a tributação por todos os Estados envolvidos na atividade como é o caso dos juros, *royalties* e dividendos⁷³⁶.

FATCA e o Brasil

Recentemente um dos passos mais importantes no enfrentamento das práticas de fraude e evasão fiscal internacional foi alcançado com a adesão do Brasil ao Programa *Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA. A partir deste programa o Brasil passa a receber dos EUA de forma automática e espontânea todas as informações acerca de contas correntes e patrimônios de cidadãos brasileiros que possam ser identificados pelo sistema financeiro americano.

Esta ação a exemplo de outras que vem sendo desenvolvidas como a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal e Convenção *Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters* (AEOI), também com o intuito de criar um ambiente de troca de informações fiscais de forma mais célere e menos burocrática.

⁷³⁶ ÁVILLA, M. L. (s.d.). *As Convenções Brasileiras contra a Dupla Tributação Firmadas com Países Desenvolvidos e o Direito ao Desenvolvimento*, 2010, pg. 1.

O FATCA é uma iniciativa americana que busca se aliar ao maior número de nações de seu interesse possível para estabelecer um escambo eficiente de informações financeiro-fiscais de forma regular e espontânea. Um diferencial desta ação é a possibilidade de punição.

Estabelece os EUA junto às instituições financeiras, nacionais ou não que realizarem operações financeiras dentro de seu território que caso não sejam fornecidas quaisquer informações ou que estas não estejam corretas tais empresas devem ser punidas e obrigadas a pagar “multa” de 30% (trinta por cento) sobre o valor de qualquer operação financeira que efetive nos EUA.

O FATCA passou a fazer parte da agenda brasileira em 2015 com a aprovação no Congresso Nacional e a publicação do Decreto Legislativo nº 146. A regulamentação do acordo foi realizada pela SRFB através da Instrução Normativa nº 1.571/2015 e a primeira troca de informações marcada para setembro de 2015.

Conforme a referida IN estariam obrigadas as instituições financeiras brasileiras do art. 4º a fornecer todas as informações acerca de pessoas físicas ou jurídicas de origem americana quanto a operações financeiras à Secretaria da Receita Federal do Brasil em plataforma específica. Os tipos de dados que estão compreendidos são referentes à cadastro, abertura, fechamento e auxiliares e por módulo de operações financeiras.

A partir deste momento está a SRFB responsável pela transmissão destas informações ao “*Internal Revenue Service*” (IRS), instituição responsável por realizar o mesmo processo com as informações de brasileiros nos EUA⁷³⁷.

O FATCA é uma clara tentativa de obter níveis equivalentes de transparência fiscal entre o Brasil e os EUA, como explicita o art. 6º, parágrafo 1º do Acordo Intergovernamental (IGA). Como é afirmado por ambos os Estados a eficiência deste acordo depende do compromisso entre as “jurisdições parceiras” no desenvolvimento de uma colaboração efetiva.

⁷³⁷⁷³⁷ UTUMI, Ana Cláudia; CARVALHO, Lucas de Lima. **Série Tratados: Acordo para Troca de Informações Fiscais e Acordo Intergovernamental entre Brasil e Estados Unidos**, pg. 3.

As primeiras trocas ocorreram em 2015 quando foram recebidos pelo governo brasileiro informação de 25 mil contas de brasileiros residentes no Estado americano, as quais até o momento vêm sendo catalogadas e organizadas para que seja dado início aos procedimentos de auditoria.

O Estado brasileiro ciente da dificuldade de punir ações fora do país mesmo com o novo acordo, permitiu a regularização da situação dos brasileiros residentes nos EUA até 31 de outubro de 2016 através do pagamento de 30% (trinta por cento) do montante não declarado, porém não sendo submetido a implicações criminais pelo crime de evasão fiscal perante a legislação brasileira e evasão fiscal perante a justiça norte-americana⁷³⁸.

A partir de 2017 o referido processo de anistia perde seus efeitos e mantiverem patrimônio não declarado estarão sujeitos as penalidades criminais, além de sofrer contingências financeiras que pode chegar a 84% do valor dos bens não declarados⁷³⁹.

Como se pode ver a iniciativa FATCA, embora esteja em seu estágio de adequação junto aos EUA já vem apresentando resultados promissores ao combate destas práticas elisivas, e pode ser tida como exemplo de uma iniciativa a ser copiada juntamente a outras nações, a semelhança dos EUA que já fechou semelhante parceria com mais 83 países.

Estas medidas como muitas outras de semelhante cunho que vem sendo desenvolvidas pelo Brasil juntamente a diversos outros países estão criando a concepção de um Fisco Global, que seria um “ente” dotado do máximo de informações disponível e com o objetivo e capacidade de criar um ambiente mundial de isonomia nas relações econômicas e tributárias, além de maximizar o poder fiscalizatório e conseqüentemente punitivo de qualquer nação que o integre.

Conclusão

Esta discussão se faz necessária unicamente em razão das alterações econômico-políticas vividas pelo mundo nos últimos 100 anos, onde os

⁷³⁸ UTUMI, Ana Cláudia; CARVALHO, Lucas de Lima. **Série Tratados: Acordo para Troca de Informações Fiscais e Acordo Intergovernamental entre Brasil e Estados Unidos**, pg. 3.

⁷³⁹ UTUMI, Ana Cláudia; CARVALHO, Lucas de Lima. **Série Tratados: Acordo para Troca de Informações Fiscais e Acordo Intergovernamental entre Brasil e Estados Unidos**, pg. 4.

países do velho mundo passaram a se relacionar com os do novo mundo de forma mais igualitária, uma vez que deixaram a condição de colônias.

Com a intensificação da globalização e das inter-relações entre os mais diversos Estados soberanos, acentuaram-se também as relações comerciais. A partir do crescimento desenfreado e não coordenado destes eventos surgiu um contexto internacional propício as práticas ilícitas discutidas neste artigo.

A história da evasão fiscal no Brasil assim como no mundo é um estudo necessário para se compreender as bases que levaram ao surgimento das questões que devemos enfrentar hoje, “o passado é sempre um mestre adequado para o futuro”.

A preocupação com o desenvolvimento de formas de combate às práticas elisivas se intensificou nos últimos anos em razão da intensificação da evasão fiscal nas mais variadas nações, levando as perdas de receita que colocam em risco a manutenção dos Estados, assim como a confiança dos contribuintes no sistema em que estão inseridos.

Embora quantificar com exatidão as perdas de receita fruto da evasão fiscal a maioria das pesquisas estimam valores entre 200 a 520 bilhões de dólares não declarados, colocando o Brasil em 4º lugar no ranking mundial de ativos no exterior (precedido por China, Rússia e Coréia do Sul). As fontes para tais pesquisas são basicamente o Fundo Monetário Internacional, Banco Central, dentre outras instituições financeiras governamentais, entretanto não são suficientes para um rastreio mais adequado.

Ante os avanços das relações econômicas mundiais juntamente com a descoordenação dos Estados surgem os três problemas abordados, dupla tributação, competição tributária danosa e paraísos fiscais.

A dupla tributação é claramente dos três o que vem apresentando maior número de ações, entretanto poucas estão efetivamente em prática no Brasil, além de que a solução encontrada é a criação de tratados entre países determinados, o que acaba por exigir que o Brasil celebre este tipo de acordo com todos os seus parceiros comerciais e para cada fator gerador específico. Deste modo, embora um problema com solução aparente esta não vem apresentando o resultado necessário à coibição da prática.

Por sua vez, o tratamento dispensado a competição fiscal danosa segue rumo semelhante. Por se tratar de um fenômeno associado à tentativa de uma soberania atrair de forma artificial, recursos que deveriam, inicialmente, serem tributados em seus países de origem, a solução apenas pode ser alcançada através do compromisso entre as nações de cessar com tais práticas.

Entretanto, como pode ser concluído, em alguns momentos os ganhos gerados as nações que assumem uma política tributária mais agressiva são muito significativos, portanto, apenas o diálogo pode não ser efetivo. Em razão disto, muitos países associam em suas propostas multas gigantescas como forma de coibir tais práticas.

Por fim, temos a questão dos paraísos fiscais. Estes vêm sendo foco de atenção por parte do Estado brasileiro há alguns anos, entretanto, a legislação brasileira ainda é hipossuficiente para uma ação de combate mais eficiente. Desta forma, mesmo que os paraísos fiscais venham sendo sobretaxados ainda não se encontra nem perto de superar os ganhos destes países com o fornecimento de uma tributação privilegiada.

Devemos compreender que a evasão fiscal internacional nos parâmetros encontrados atualmente, assim como sua ampla disseminação são um fenômeno recente ainda sendo compreendido pelas economias mundiais. Então suas ações até o momento não podem ser desconsideradas, muito embora seus efeitos até este momento não serem suficientes para coibir estas práticas.

Neste contexto, o Brasil, como um dos mais afetados por este fenômeno vem buscando por soluções capazes de impedir a evasão de divisas, assim como de fiscalizar e punir aqueles que cometerem este crime financeiro. O que vem se verificando nos últimos anos é a participação do Brasil em diversos fóruns de discussão, assinatura de tratados internacionais ou de cooperação automática e espontânea visando uma maior transparência fiscal.

Embora seja notada uma participação frequente do Brasil nos principais debates mundiais, os efeitos destes ainda não puderam ser notados como planejado por duas razões. Em primeiro lugar, a maior parte

dos acordos firmados pelo Brasil são recentes e ainda se encontram em um período de adequação, onde o governo precisa desenvolver mecanismos, institutos e infraestrutura para cumprir com as ações propostas em cada acordo, portanto, seus efeitos ou a falta deles ainda precisam de algum tempo para serem notados. Outro ponto importante, é a efetiva atuação pelo governo brasileiro, muito embora estejamos no centro dos debates, nossa real atuação se encontra muito a quem dos termos com que nos comprometemos.

A batalha contra a evasão fiscal é árdua e longa, demandando o maior comprometimento possível de todas as economias mundiais e necessitaram em alguns momentos se utilizar de pressões econômicas, seja com multas ou embargos, para a criação de um ambiente econômico mais saudável e justo. A chave mestra para a solução é a criação de um ambiente de Transparência Fiscal efetiva, o qual possui como principal dificuldade a aglomeração de informações e a disponibilização destas aos interessados.

Compreender que a “fuga” de divisas além de comprometer a renda de quase todas as economias mundiais, também deve ser compreendida como um importante problema por ser a base da atuação de diversas atividades ilícitas, dentre elas tráfico de drogas, armas e pessoas. Tais atividades giram ao redor do mundo montantes financeiros inimagináveis que em algumas situações podem superar as demais causas de evasão, e dependem estritamente dos mecanismos explicados no decorrer deste artigo para sobreviverem. Portanto, combater a evasão fiscal muito mais que uma batalha contra a perda de rendas pelos Estados Modernos é o início da vitória de uma guerra contra estas atividades criminosas.

Referências

ALVES, Felipe Dalenogare. **“O Conceito de Soberania: Do estado moderno até a atualidade.”** *Revista Âmbito Jurídico*, 2010: 7.

Ávila, Márcio Ladeira. **“As Convenções Brasileiras contra a Dupla Tributação Firmadas com Países Desenvolvidos e o Direito ao Desenvolvimento.”** *Revista da Faculdade de Direito UERJ*, n.18. 2010.

BIANCO, João Francisco. **Transparência Fiscal Internacional**. Rio de Janeiro: Dialética, 2007.

BORGES, Antônio de Moura. **Considerações sobre a Dupla Tributação Internacional**. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2088/consideracoes-sobre-a-dupla-tributacao-internacional>> (acesso em outubro de 2016).

—. **Convenções Internacionais contra a Dupla Tributação Internacional**. Piauí: Universidade Federal do Piauí.

CAVALCANTE, Denise Lucena, e Rui Barros FARIAS. *CAVALCANTE, Denise Lucena e FARIAS. Paraísos Fiscais: O liame entre o planejamento fiscal internacional e as práticas evasivas danosas*. <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/195.pdf>> (acesso em novembro de 2016).

Deloitte. **BEPS Action Implementation by Country - Brazil**. UK: Deloitte Touche Tohmatsu Limited, 2015.

DEVEREUX, Michael P. e VELLA, John. *DEVEREUX, Michael P. Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?*. Centre for Business Taxation, Oxford University. 2014 de dezembro de 2014. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2532933> (acesso em outubro de 2016).

Económico, Modelo de convenio de doble imposición sobre la Comité Fiscal de la Organización para la Cooperación y Desarrollo. **Modelo de convenio de doble imposición sobre la renta e el patrimonio**. New York: Nações Unidas, Revisão 2011.

Estellita, Heloisa, e Frederico Silva Bastos. “**Tax Exchange of Information and International Cooperation in Brazil**.” *Revista DireitoGV*, 2014: 13-35.

Investopedia. **What is a 'Tax Haven'**. <<http://www.investopedia.com/terms/t/taxhaven.asp>> (acesso em setembro de 2016).

JANEBA, Eckhard, e Guttorm SCHJELDERUP. “**Why Europe Should Love Tax Competition and the U.S. Even So**.” *The National Bureau of Economic Research*, novembro de 2004.

MASON, Frederick Mario. “**Concorrência Fiscal Internacional e Paraísos Fiscais**.” *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Vol. 2*.

OCDE. **Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue**. Paris: OECD Publishing, 1998.

—. **Introdução do item 3 dos Comentários à Convenção-Modelo do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE**. 2011.

—. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013.

—. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OECD Publishing, 2015.

—. **Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. 2015 Final Reports**. Paris: OECD Publishing, 2015.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. “**A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1889-2009.**” *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, 2010.

Oliveira, Phelipe Toledo Pires de. “**As Convenções Internacionais para Evitar a Dupla Tributação.**” *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, 2010.

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. “**Direito Tributário Internacional: Contextualização do Debate Atual.**” *Defesa de Mestrado*. São Paulo: Núcleo de Estudos .

ROSEMBUJ, Tulio. **Derecho Fiscal Internacional**. Barcelona: El Fisco, 2001.

Tavares, Romero J.S. “**Política Tributária Internacional: OCDE, BEPS e Brasil - Como se deve posicionar o setor industrial brasileiro?**” *Política Tributária*, 2015.

TORRES, Heleno. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. Paris: Quartier Latin, 2008.

—. **O Brasil Inova como Fisco Global na Luta contra a Evasão Fiscal**. julho de 2015. <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>> (acesso em outubro de 2016).

—. **Pluritributação Internacional sobre as Renda das Empresas**. Brasília: RT, 2000.

UCKMAR, Victor, e Giuseppe CORASANITI. **Manual de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Dialética, 2012.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira, e Lauriana SILVA. “**Concorrência Tributária Internacional e Soberania.**” *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, 2008.

ZUCMAN, Gabriel. **The Hidden Wealth of Nations, The Scourge of Tax Havens**. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.

TEORIA *QUEER* E A AUTONOMIA DA VONTADE NAS QUESTÕES DE GÊNERO

QUEER THEORY AND THE AUTONOMY OF THE WILL IN GENDER ISSUES

Allan Douglas Vieira Santos⁷⁴⁰

SUMÁRIO: Introdução; 1. Problemas de gênero; 2. Queer; 3. Autonomia; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este ensaio teórico apodera-se da *teoria queer* como parâmetro de análise ao pensar na autonomia da vontade como postulado não admitido no âmbito da condição de gênero. Isso implicou em caminhar através de conceitos especiais de Foucault acerca do gênero, e reconhecer que ele nos constitui como sujeitos no trato em comunidade. Assim como adentrar por ideais das teorias feministas na desconstrução da ideia de gênero como categoria inata, em especial os postulados por Judith Butler, com sua ideia central sobre performatividade de gênero. Vincula-se a ideia de desconstrução de estruturas binárias no âmbito das identidades sexuais. Retirando a carga valorativa imposta ao processo de inscrição sobre o corpo de parâmetros que vinculam a relação entre sexo, gênero e desejo. Ressalta-se o incentivo a resistência como alicerce e encara-se os sinais de desvio, estranheza e repulsa como base fundamental para o rompimento de imposições culturais dominantes. Foco se dá ao sujeito como o que viola e rompe com as normas que buscam enquadrá-lo. Assume-se o papel inexorável da teoria *queer*, ao centralizar as nuances de resistência, liberdade e transgressão. Acredita-se num processo de formação que viola o conceito de autonomia da vontade como princípio supremo da moral proposta por Immanuel Kant, ao ater-se aos princípios metafísicos dos costumes, bem como confrontar a faculdade de coagir oriunda da definição do direito e da liberdade e a autonomia ética e como tais implicações atuam de forma a violar a autonomia da vontade nas definições de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria *queer*. Performatividade de gênero. Transgressão. Subversão. Sujeito abjeto. Metafísica dos Costumes. Autonomia;

ABSTRACT

⁷⁴⁰ Acadêmico do 10º semestre do Curso de Bacharel em Direito da Escola de Direito de Brasília. Artigo apresentado como requisito para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II do Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília - EDB.

This theoretical essay seizes queer theory as an analytical parameter to make a reflection about the autonomy of the will as postulated not admitted under the gender condition. This entailed walking through special concepts of Foucault about gender, and recognize that it is the subject of the deal remain in the community. As well as analyzing ideals of feminist theories, which are based on the deconstruction of gender as innate idea category of human beings, especially postulated by Judith Butler, with its central idea about gender performativity. In so considering, it is linked to the idea of deconstruction of binary structures within sexual identities. Withdrawing the evaluative load on the application process on the sexed body parameters that link the relationship between sex, gender and desire. Producing, in turn, abjection marks a recognition without direct relation to any dominant cultural impositions. It emphasizes the incentive resistance as the foundation and face-diversion signs of awkwardness, disgust and revulsion as the foundation for the disruption of cultural impositions that have been established as dominant social bosom. A special focus is given to the subject as it violates and breaks the rules that seek to fit it. It is assumed the inexorable role of queer theory, by centralizing the resistance nuances, freedom and transgression. While that you walk into the refusal to build tolerance, but to merge and re-discuss the fixed nature of sexual identity. It is believed that a training process that violates the concept of autonomy of the will as the supreme principle of morality proposed by Immanuel Kant, to stick to the metaphysical principles of morals and confront the power to coerce arising from the definition of the right and freedom and ethical autonomy and as such implications act in a way that violates the autonomy of the will in gender definitions.

Keywords: Queer Theory. Gender performativity. Transgression. Subversion. Subject object. Metaphysics of morals. Autonomy.

INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas do século XX, importantes e relevantes acontecimentos modificaram e reescreveram a história. É possível dizer que o manifesto feminista a partir da desconstrução dos ideais de gênero se consubstanciaram em um dos interessantes e instrutivos acontecimentos desta época. Trabalhar com as categorias de masculino e feminino, ao longo do tempo, se mostraram entediadas e pouco inteligentes. O entrave entre as categorias, tidas como definitivas, de gênero, sexo e desejo trazem uma certa sensação de inquietude, um problema mal resolvido e talvez uma falha de discurso humano.

A própria estrutura estatal favorece o surgimento de problemas. E alguns deles exprimem relações que são intrínsecas e desafiadoras pois vão de encontro

ao hegemônico, ao tradicional, ao normal e ao aceito. O curioso é que trazer a *Teoria Queer* à tona é justamente se contrapor. É ser visto como um estranho, ambíguo, distinto, não aceito e definitivamente, não tradicional. Esta teoria começou a consolidar-se através de Judith Butler que ousou falar sobre performances de gênero ao encara-lo como algo fluido e socialmente construído.

Indo diametralmente de encontro com uma discussão de cunho histórico que enuncia a binariedade de gênero e a sua correta analogia ao sexo biológico. Ou seja, há uma higienização de identidades que questiona a diversidade e ressignifica as características de gênero. Michel Foucault foi um dos primeiros a destacar, nos modernos discursos sobre a sexualidade, um momento em que haveria a justa consolidação de dispositivos que organizam a expressão corporal. A própria construção do discurso de uma identidade concebida como o final de um desenvolvimento natural é patológica.

Este entendimento de que existe uma obrigatoriedade em adequar-se ao socialmente construído, em vincular-se ao normal, receptivo, saudável e belo aos olhos sociais, bem como a imposição deste princípio inato a toda a sociedade moderna, me permitiu propor o seguinte questionamento: “Em que medida a imposição de um padrão heteronormativo inviabiliza a plena expressão da autonomia da vontade no âmbito das condições de gênero?”. Ora, se existe um padrão constituído como norma e se ele atua diretamente na inscrição dos corpos, como se dá sua atuação e os reflexos dele advindos são relevantes inquietações.

E para onde são alocados os que não se enquadram ou vinculam a este ideal normalizador? A própria existência como ser humano e a materialidade de seus corpos se encontram ameaçados em uma sociedade que confere caráter indesejável as aberrações marginalizadas de uma sociedade pretensamente imaculada. Em um viés contrário se dedica a própria *teoria* queer. Ao dizer que, muito além de dessabores sobre as características humanas, afirmar-se como queer é um verdadeiro empoderamento dos corpos assujeitados e excluídos.

Dezenas dessas identidades excluídas poderiam ser elencadas. Entretanto, este foquei-me naqueles que são rotulados como marginalizados pela *cis-heteronorma*, ou seja, o sistema que delimita arbitrariamente o gênero em relação ao órgão genital, e que impõe a sexualidade do ser humano antes mesmo que este possa manifestar seus desejos e sua própria condição sexual. No primeiro capítulo

dedica-se a enunciar o problema envolvendo o aspecto binário imposto sobre o gênero. Este aspecto se reflete na necessária adequação entre o sexo biológico, o gênero atrelado a este sexo e a expressão do desejo sexual que deve ater-se a correta implicação imposta pelos caracteres anteriores.

Em um segundo capítulo trato da heterossexualidade como um modelo político que rege e organiza as nossas vidas. Estando presente nas mais diversas instituições e replicado um modelo historicamente hegemônico que se consagra como padrão. Enuncio a teoria *queer* e como os seus reflexos se refletem na linha tênue que trata sobre os conceitos de normal e anormal, tendo suas raízes históricas justificadas em eventos históricos que segregaram e foram responsáveis por dezenas de mortes de cidadãos queer.

Em se tratando do terceiro capítulo falar-se-á sobre a autonomia da vontade. Como seu conceito está intimamente ligado à liberdade e a soberania popular e em como a própria democracia implica no conhecimento e concretização da liberdade. Incluo a obrigatoriedade de gênero que não tolera a própria essência da autonomia da vontade ao replicar parâmetros representativos que invisibilizam a existência do indivíduo dissidente, renegando-o e atuando de forma a reduzir sua influência na coletividade e, até mesmo, optando por renega-lo a abjeção.

1. PROBLEMAS DE GÊNERO

Os debates feministas do mundo moderno acerca da significação de gênero incitam a construção de uma problemática acerca da própria indeterminação do conceito de gênero. Questionar o sistema que definiu e instituiu a categoria de gênero se mostra como uma tarefa de compreensão difícil ante a composição histórica do ser humano. Busca-se entender estas classificações e intentar a reconstrução da distinção binária que compreende os regimes político-discursivos das questões centrais do gênero como linguagem própria que consagra as categorias de sexo como naturais e inatas a construção do coletivo social. É de destaque a caracterização do sujeito abjeto como indivíduo que é relegado a margem da vida em sociedade e a violação de gênero que os define e perpetua o ser humano.

1.1 A ordem compulsória do sexo/gênero

Não constitui o cerne deste trabalho adentrarmos na história do feminismo e as múltiplas facetas que podem ser suscitadas a partir desta ideologia. Entretanto, se faz necessário entender alguns pontos da teoria feminista e sua estrutura pós-moderna. Existem correntes do feminismo que se alinham com o movimento oriundo do pós-modernismo, denominada de pós-feminismo ele se dedica a desconstrução de ideais de gênero enquanto categoria constante e determinada. Acredita-se que este movimento emerge nos anos finais da década de 1960, na França, entre as teóricas da diferença como Júlia Kristeva e Hélène Cixous⁷⁴¹.

A principal característica do pós-feminismo é que ele destaca o caráter subjetivo e distinto entre o masculino e o feminino, elencando a instabilidade desta temática. Daí se acreditar que o pós feminismo se alinha ao pós-modernismo, período este ultimo que se pauta na desconstrução de ideais, em uma ótica minimalista acaba-se por pinçar como ponto essencial o cerne de discursos e acontecimentos e, de igual forma, busca-se deslegitimar a caracterização de discursos de opressão oriundos, em grande parte, do pensamento heteronormativo. Portanto, se questiona a validade de tais postulados e se dedica a outras possibilidades desconstrução que culminem na formação de um novo arranjo.

É através desta reflexão desconstrutivista advinda do pós-modernismo e das indagações do feminino pós-moderno que se resguardam as discussões acerca da desconstrução social e discursiva entre gênero e sexo. Em um postulado mais específico, a ideia de distinção entre sexo e gênero surgiu, originalmente, para mitigar a afirmação de que a origem biológica é o destino inenarrável de todo ser humano. Judith Butler⁷⁴² preleciona que esta distinção atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído. Logo, não se pode dizer que o gênero se apresenta como um resultado previsível do sexo, quiçá como uma faceta imutável quanto ao sexo.

Neste raciocínio temos que, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo.⁷⁴³ Em razão disto há de se acreditar nos enunciados de Judith Butler⁷⁴⁴ ao

⁷⁴¹ MACEDO, Ana Gabriela; AMARAL, Ana Luísa (Orgs.). **Dicionário da Crítica Feminista**. Porto: Afrontamento, 2005. p. 153-154

⁷⁴² BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. P. 25 – 26.

⁷⁴³ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. P. 25 – 26.

afirmar que as distinções entre gênero e sexo não possuem arcabouço que as justifiquem. E ainda, “ os cientistas sociais se referirem ao gênero como um ‘fator’ ou ‘dimensão’ de análise, ele é também aplicado a pessoas reais como um ‘marca’ de diferença biológica, linguística e cultural”⁷⁴⁵. Note-se⁷⁴⁶:

O gênero só pode denotar uma unidade de experiência, de sexo, gênero e desejo quando se entende que o sexo, em algum sentido, exige um gênero – sendo o gênero uma designação psíquica e/ou cultura do eu – e um desejo – sendo o desejo heterossexual e, portanto, diferenciando-se mediante uma relação de oposição ao outro gênero que ele deseja. A coerência ou unidade internas de qualquer dos gêneros, homem ou mulher, exigem assim uma heterossexualidade estável e oposicional. Essa heterossexualidade institucional exige e produz, a um só tempo, a univocidade de cada um dos termos marcados pelo gênero que constituem o limite das possibilidades de gênero no interior do sistema de gênero binário oposicional.

A partir de tais premissas, inúmeras são as indagações que surgem.

Subsistirá “um” gênero destinado a cada individuo conforme se nota das relações contemporâneas, ou o gênero seria uma relevante conceituação indissociável do campo ético-moral no que diz respeito ao que cada pessoa é, no âmbito social, tal como se afere do questionamento “Qual é o seu gênero?”. Como se inserir na perspectiva de uma construção que não deteria um construtor anterior a ela mesma? Judith Butler acredita ainda na hipótese de uma lei cultural inexorável⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. P. 28.

⁷⁴⁵ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. P. 28.

⁷⁴⁶ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. P. 45.

⁷⁴⁷ A autora trata da questão de gênero como uma construção que sugere determinados significados de gênero, nas palavras da autora, inscritos em corpos anatomicamente diferenciados, sendo esses corpos compreendidos como recipientes passivos de uma lei cultural inexorável. Desta forma a cultura tida como relevante para a sociedade atuaria de forma a construir o gênero, sendo gênero, nesta perspectiva, compreendido como uma lei ou conjunto de leis. Subsistindo estes ideais de que o gênero seria tão determinado como a biologia e seus parâmetros de destino, tem-se que a própria cultura desenvolvida no seio social atuaria como destino, e não a própria biologia. Isto poderia estar implicado desde os mais singulares costumes humanos de atribuição de cores e valores

Em outra ótica, urge-se considerar a sugestão e as múltiplas implicações oriundas do escrito por Simone de Beauvoir, em *The Second Sex*, que “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”.⁷⁴⁸ Ainda que, uma das próprias implicações sugeridas por Beauvoir, remete-se, ao sentido de subsidiariedade da mulher em face ao homem, também se pode acreditar que o gênero é “construído”, e que subsiste um agente que se relaciona diretamente em sua formação, podendo vincular-se a este gênero, ou podendo, de outra forma, se dedicar a algum outro.

A afirmação que se pode fazer é a de que haveria um caráter compulsório. Ao notar que Beauvoir elenca que “se torna” mulher, também se pode afirmar que a autora sempre remete a uma análise acerca de uma compulsão cultural ao agente. E, por sua vez, afere-se que a respectiva compulsão não advém, em traços sistêmicos, do “sexo” a nível biológico. Na obra de Beauvoir não se afirma, ao menos explicitamente, que o “ser” que se tornaria mulher seja, indubitavelmente, fêmea. Sendo este termo “fêmea”⁷⁴⁹ encarado como pejorativo⁷⁵⁰, pela própria autora, isto porque limita a mulher no seu sexo.

Uma implicação de difícil mas necessária análise se encontra na afirmação de que, “o corpo é uma situação”⁷⁵¹. Ora, se o corpo é uma situação não haveria como tratar com um corpo que sempre fora intimamente delimitado por questões culturais e seus múltiplos significados. Desta forma, poder-se-á dizer que não há de se falar em uma faculdade pré-discursiva. Não há de se falar em autonomia nas questões de gênero. Isto pois, o gênero sempre se mostrou como sexo, desde os primórdios, por mera definição; não subsistindo ideais de gênero e sim de sexo.

O próprio conceito de corpo se mostra de difícil conceituação. É razoável definir que se trata de um meio sobre o qual se implicam significados e relativos culturais. Ou seja, o corpo é um simples instrumento através do qual se externalizam construções culturais. Logo se pode afirmar que as premissas oriundas de “gênero”,

a um gênero e a outro não e até mesmo as construções relativas a formação humanística de cada um dos sexos.

⁷⁴⁸ BEAUVOIR, Simone de, **The Second Sex**, trad. E. M. Parshley, Nova York: Vintage, 1973. P. 301.

⁷⁴⁹ Simone de Beauvoir sugere inúmeros dissabores à palavra fêmea. A própria palavra soaria como insulto na boca de um homem. Acredita que o esse sexo parece ao homem desprezível e inimigo, ainda que nos mais inocentes seres vivos. E explica que tal hostilidade implica no caráter ambíguo das relações de poder entre o homem e a mulher. Aduz que dentro da própria natureza perpetua-se uma linha tênue e de difícil delimitação entre ambos. E imaginando que na grande maioria das espécies, inclusive a humana, os organismos masculinos e femininos apenas cooperam entre si com vistas a reprodução e a continuidade da espécie.

⁷⁵⁰ BEAUVOIR, Simone de, **The Second Sex**, trad. E. M. Parshley, Nova York: Vintage, 1973. P. 25.

⁷⁵¹ BEAUVOIR, Simone de, **The Second Sex**, trad. E. M. Parshley, Nova York: Vintage, 1973. P. 38.

“sexo” e “construção” já se encontram, em maior ou menor grau, indicadas e delimitadas sobre as possíveis particularidades e delimitações que são permitidas ou que são restritas por meio de análises posteriores.

E ao assim considerar podemos afirmar que existe um discurso que sugere, salvaguarda, estabelece e delimita certos dogmas presentes na sociedade, muitos dos quais, emergem-se de uma postura canônica. Razão pela qual a construção é realizada de forma coercitiva e a linguagem se constitui como uma ferramenta de domínio do gênero. E em uma análise a pontos específicos da história moderna, aqui se pode falar no âmbito das sociedades ocidentais, é possível tecer considerações acerca da construção de um gênero diametralmente oposto. Foucault⁷⁵² traz a baila a construção de que o sexo, no âmbito da sociedade, deve ser visto como perversivo, e impregnado de pecado, ao mesmo tempo em que também deve ser acreditado como imaculado e silente. Note-se:

Um rápido crepúsculo se teria seguida à luz meridiana, até as noites monótonas da burguesia vitoriana. A sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E, absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. Em torno do sexo, se cala. O casal, legítimo e procriador, dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo.⁷⁵³

Imagina-se que, neste momento, o casal heterossexual que constitui a família conjugal, emerge-se como um parâmetro a ser idealizado e perseguido por todos os cidadãos da sociedade. Desta forma todas as demais formas de expressão da sexualidade são perpassadas por incontáveis máculas que possuem o sentido precípua de destiná-las a marginalização e a segregação no âmbito das relações em sociedade. Logo, temos a construção de um sistema que se revela como organizador de toda a vida social, inclusive nas esferas de poder, cujas quais, por sua vez, elencam normas, especificações e conjuntos de características em volta do sexo. Fala-se em poder como:

⁷⁵² FOUCAULT, Michel. **El yo minimalista y otras conversaciones**. Buenos Aires: La Marca Editora Forense Universitária, 2008. P. 09.

⁷⁵³ FOUCAULT, Michel. **El yo minimalista y otras conversaciones**. Buenos Aires: La Marca Editora Forense Universitária, 2008. P. 09.

A multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram uma nas outras, formando cadeias os sistemas ou, ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais.⁷⁵⁴

Foucault trata sobre os detentores deste “poder” enunciado em seus escritos. Denomina-os como “estados de poder”. Acredita-os como um objeto ubíquo. Sinalizando que:

A condição de possibilidade do poder, em todo caso, o ponto de vista que permite tornar seu exercício inteligível até em seus efeitos mais periféricos e, também enseja empregar seus mecanismos como chave de inteligibilidade do campo social, não deve ser procurada na existência primeira de um ponto central, num foco único de soberania de onde partiriam formas derivadas e descendentes; é o suporte móvel das correlações de força que, devido a sua desigualdade, induzem continuamente estados de poder, mas sempre localizados e instáveis.⁷⁵⁵

Tais estados de poder, por si, serão destinados a elencar discursos que autorizam ou não autorizam, que proíbem ou permitem, os diferentes efeitos que podem se ter em decorrência da posição de poder e do próprio momento histórico vivente. Ao dizer que a sexualidade, quando não encerrada cuidadosamente no âmbito da família conjugal e do casal legítimo e procriador, viria como uma perversão, tendo como fim precípua o de, “ não o reproduzir, mas o proliferar, inovar, anexar, inventar, penetrar nos corpos de maneira cada vez mais detalhada e controlar as populações de moda cada vez mais global”⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **El yo minimalista y otras conversaciones**. Buenos Aires: La Marca Editora Forense Universitária, 2008. P. 102-103.

⁷⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **El yo minimalista y otras conversaciones**. Buenos Aires: La Marca Editora Forense Universitária, 2008. P. 103.

⁷⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **El yo minimalista y otras conversaciones**. Buenos Aires: La Marca Editora Forense Universitária, 2008. P. 40.

Assim sendo, haverá de se falar em uma articulação entre uma série de autores que incitam a padronização e normatização de comportamentos e práticas com o interesse primário de permitir ou silenciar, reconhecer ou deslegitimar, incluir ou incitar caráter periférico a grupos sociais e identidades de gênero que não se constituem como pressupostos válidos para estes agentes. Por outro lado, também se fala, de igual teor e forma, em legitimação de parâmetros por eles aceitos, constituindo-os como válidos e imperativos perante uma coletividade organizada que passa, constantemente, a instigar a marginalização do que não obedece a padrões aceitos.

1.2 O sujeito e o gênero socialmente construído

Acolhe-se a ideia de que, durante o mundo pós-moderno, as construções sociais e culturais desempenharam um importante papel na vida dos sujeitos da sociedade. Entretanto, não há como se olvidar que nem todas estas construções sociais lograram êxito em se alçarem como bem sucedidas na caracterização de estruturas tidas como naturais: as distinções entre machos e fêmeas, como preconiza Simone de Beauvoir⁷⁵⁷, o corpo como sujeito passivo das transformações sociais e, até mesmo, o próprio sexo. Note: se um sujeito é de um definido gênero ou de um sexo previsto, em que medida é possível ser deste sexo ou do outro gênero?

Em uma forma clara imagina-se que aquilo que o sujeito acredita ser, possui relação direta com a sua identidade, com a substância e os moldes sociais que foram utilizados com o fim de moldá-lo enquanto agente pertencente a uma coletividade pré-determinada. Em face disto surge uma dicotomia distinta que poderia ser expressa na seguinte indagação: “A identidade de uma pessoa é tida como o que ela é por livre escolha, um pressuposto de sua própria existência ou, por outro lado, seria apenas possuir esta identidade nos moldes em que a respectiva se apresentaria como cultural e socialmente aceita?”.

É imperativo imaginar que na ótica do sistema heteronormativo não se faz possível conceber uma criança sem sexo. O corpo se encontra delimitado desde quando se fala em nascituro. Quando se tem uma ultrassonografia já se inicia um processo de construção que culmina com a prova concreta advinda do nascimento com a designação sexual que se limite em dois sexos constituídos, ou se tem um

⁷⁵⁷ BEAUVOIR. Simone de, **The Second Sex**, trad. E. M. Parshley, Nova York: Vintage, 1973. P. 25.

nascimento macho ou se tem uma fêmea, tal como se preconiza no sistema heteronormativo. Beatriz Preciado destaca este processo de construção e versa acerca de seu início de forma pregressa ao próprio advento do nascimento, vejamos:

A primeira fragmentação do corpo, ou atribuição do sexo, ocorre mediante um processo que chamarei, seguindo Judith Butler, de invocação performativa. Nenhum de nós escapou dessa interpelação. Antes do nascimento, graças à ecografia – uma tecnologia célere por ser descritiva, mas que não é senão prescritiva – ou no próprio momento do nascimento, nos foi atribuído um sexo feminino ou masculino.⁷⁵⁸

E continua ao descrever os efeitos que essa invocação performativa, como denomina a autora, manifesta na vida político cidadã dos corpos:

Todos nós passamos por essa primeira mesa de operações performativa: “é uma menina!” ou “é um menino!” O nome próprio e seu caráter de moeda de troca tornarão efetiva a reiteração constante dessa interpelação performativa. Mas o processo não para por aí. Seus efeitos delimitam os órgãos e suas funções, sua utilização “normal” ou “perversa”. A interpelação não é só performativa. Seus efeitos são prostéticos: faz corpos.⁷⁵⁹

Logo, resta claro nesta dicotomia do mundo moderno que, o corpo está adstrito a normas que o classificam como macho ou fêmea. Isto pode se ter em conta ao considerarmos que os sujeitos intersexuais e transexuais se submetem as mais variadas intervenções médicas que podem ser vistas como processos que os submetem até mesmo a censura sexual. Ora pois, estas ditas intervenções médicas se dedicam a adequar corpos a uma ótica aceita na sociedade heterossexual. Há uma verdadeira re-designação do corpo, onde por intermédio de cortes físicos do corpo, se busca inserir antes um corpo que apresentava ambiguidade a um novo corpo que, após re-designado, obedeça aos anseios de classificação que outrora, no momento do nascimento, foram desprezados.

⁷⁵⁸ PRECIADO. Beatriz, **Manifesto Contrassexual**, trad. Maria Paula Gurgel Ribeiro, São Paulo: n-1 edições, 2014. P. 130.

⁷⁵⁹ PRECIADO. Beatriz, **Manifesto Contrassexual**, trad. Maria Paula Gurgel Ribeiro, São Paulo: n-1 edições, 2014. P. 130.

As designações de sexo e adequação de gêneros tem o condão de legitimar os corpos como humanos. Tal como preconizado por Judith Butler:

A marca do gênero parece “qualificar” os corpos como corpos humanos; o bebê se humaniza no momento em que a pergunta “menino ou menina?” é respondida. As imagens corporais que não se encaixam em nenhum desses gêneros ficam fora do humano, constituem a rigor o domínio do desumanizado e do abjeto, em contraposição ao qual o próprio humano se estabelece.⁷⁶⁰

Desta forma, se enquanto nascituro ou, até mesmo, após a perda deste status, logo, após o nascimento, descobre-se que dado sujeito não se restringe a uma das categorias tidas como previstas, visto que a sexualidade fora desenvolvida com base na existência de um binário de sexos possíveis e também de forma a manter uma exclusão mútua entre ambos, certo de que se não é homem, então, nesta ótica, tratar-se-á de, necessariamente, uma mulher, pode se considerar que o sujeito quiçá pode ser tido como humano. Visto que se o respectivo não tem sexo, igualmente não haveria de se falar em gênero, diante disto, tais lacunas não poderiam pressupor que o sujeito alcançaria o *status* humano, razão pela qual os indivíduos buscam se adequar a estrutura heterossexual.

Isto se torna possível na justa medida em que se compreende que somos constituídos por discursos, ocasionamos discursos sobre a nossa própria natureza e sobre a natureza dos demais seres humanos, acreditamos, replicamos e somos acometidos por eles. E, diante disto, temos nossos traços instituídos. Conclui-se que as identidades são consubstanciadas nas práticas sociais que reforçam marcas da diferença. A formação da identidade aponta para a contraposição a um ponto adverso, o que caracteriza a identidade é justamente uma relação de contraste que reside nesta contraposição. Katy prossegue ao definir que: “A identidade é marcada pela diferença, mas parece que algumas diferenças são vistas com mais importância que outras, especialmente em lugares particulares e em momentos particulares”⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. P. 165.

⁷⁶¹ WOODWARD, Katy. **Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual**. In SILVA T.T. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis, Editora Vozes, 2011, P. 9-11.

Sendo essa diferença determinada ao longo do tempo, por intermédio de “inúmeros processos de exclusão, de vigilância de fronteiras, de estratégias de divisão que, em última análise, definem hierarquias, escalas valorativas, sistemas de categorização”⁷⁶². Nesse sentido, a identidade se apresenta como um mecanismo que sustenta a exclusão mútua. Sendo que apenas seria possível a concessão do caráter humano na tênue linha da esfera normativa de ordem heterossexual, em consonância com um dos sexos binários e o gênero que dele decorreria.

Em igual análise, Butler acredita que o próprio cerne da identidade somente poderia ser aposta se esta fosse compreensível, inteligível. Entretanto, há de se falar que a identidade de gênero é anterior a própria identidade do sujeito. E, tendo em conta que, a própria identidade de gênero possibilita ao sujeito alçar-se no conceito de ser humano, de ser uma pessoa. Não há como se deter pois, essa identidade inteligível do sujeito não se consubstancia em um conjunto de qualidades distintas fundamentais que o definem e limitam-no. Elas apenas seriam compreensíveis se estivessem fundamentadas em um conjunto de leis, presentes em um sistema estruturado, que permitissem ser aplicadas e inscritas nos sujeitos. Note:

Os espectros de descontinuidade e incoerência, eles próprios só concebíveis em relação a normas existentes de continuidade e coerência, são constantemente proibidos e produzidos pelas próprias leis que buscam estabelecer linhas causais ou expressivas de ligação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente construído e a ‘expressão’ ou ‘efeito’ de ambos na manifestação do desejo sexual por meio da prática sexual.⁷⁶³

Extraí-se que um gênero, apenas e tão somente poderia ser compreensível se, fossem asseguradas, nesta lógica, meios com o objetivo de instituir e manter relações exatas de coerência e continuidade entre o próprio sexo, as práticas sexuais oriundas deste corpo sexuado e os desejos que emanam de si. Logo, aqueles sujeitos que subvertem tais práticas se sujeitam ao não se enquadrarem na matriz socialmente constituída que se fundamenta em heterossexualizar o desejo e assegurando traços que diferenciem o feminino e o masculino, o macho e a fêmea.

⁷⁶² FURLANI, J. **Sexo, Sexualidade e Gêneros: monstruosidades no currículo de educação sexual**. Belo Horizonte, Educação em Revista, n.46. Dez. 2007. P.273.

⁷⁶³ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. P. 38.

Ou seja, as distinções de gênero e sexo existem pois tratam de dissídios de cunho político que se qualificam em exclusões e marginalizações sociais. Em uma ordem mais específica é possível tecer crítica ao conceito de gênero disposto por Gayle Rubin, que é “um conjunto de arranjos através dos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos da atividade humana, e na qual estas necessidades sexuais transformadas são satisfeitas”⁷⁶⁴. Por outro lado, Butler afirma que:

A construção do gênero atua através de meios excludentes, de forma que o humano é não apenas produzido sobre e contra o inumano, as através de um conjunto de exclusões, de apagamentos radicais, os quais, estritamente falando, recusam a possibilidade de articulação cultural.⁷⁶⁵

Os seres que não são inseridos no âmbito social são os outros, o que não se mostra essencial e útil. São tidos, na visão da autora, como verdadeiros corpos abjetos pois se caracterizam como alheios a matriz cultural imposta e são reiteradamente indesejados pela ordem social vigente. Note, se eles quiçá devem ser pensados, compreendidos ou nomeados, também não haverão de ter sua existência desejável. Não se é desejável nem apenas nomear um grupo indesejado, pois dar-se-á um caráter que flerta com o oficial, surtindo reconhecimento e, desta forma, proporcionando a articulação pela busca de direitos historicamente negados.

1.3 O *status* performativo

É possível reconhecer o valor representativo das construções sociais e culturais no âmbito do mundo moderno e na formação e valoração dos agentes sociais tal como se encontram dispostos na sociedade. Entretanto, algumas estruturas não resguardam sucesso na tentativa de destacar suas proezas que se mostram tão inerentes ao ser humano, tais como o próprio corpo, o sexo, o desejo sexual, as distinções entre os seres humanos macho e fêmea, dentre outros.

⁷⁶⁴ RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo**. Tradução: Christine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha, Sonia Corrêa. Recife: SOS Corpo, 1993. P. 20.

⁷⁶⁵ BUTLER, Judith P. **Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2010. P. 161.

Na medida em que todas as culturas buscam reproduzir seus anseios, cultos, tradições, também resta claro que a sua identidade social, particular do grupo ou de alguns indivíduos notórios, também se tornam objeto de preservação. A própria predileção por preservar o conhecido, o compreendido, o naturalizado e aceito no seio social faz com que os integrantes de determinado meio se dediquem a manter traços tidos como primordiais na construção humana. Tais traços sociais nos remetem ao status de que o gênero é performativo, consoante preconizado por Judith Butler.

Assim sendo, a ordem compulsória presente em nossa sociedade, cuja qual, por sua vez, impõe uma ordem coerente entre o sexo expressado pelo agente, bem como de seu gênero socialmente construído e de sua prática e o seu desejo que devem ser, imperativamente, de cunho heterossexual, denota que subsiste um padrão a ser mantido. A controvérsia se restringe nos níveis alcançados através desta construção. A medida em que o determinismo substituiu o livre-arbítrio e, por consequência, a autonomia da vontade que pauta as relações humanas. É razoável supor que inúmeras inscrições impostas aos corpos são, na mais justa maneira, limitadoras do pensamento e da autotutela.

Logo, conclusão diversa não é possível acreditar, ao notar-se que uma forte apropriação ou, até mesmo, interpretação de normas e mandamentos sociais se inserem como significados culturais que emergem na ditadura que tem seu próprio fundamento baseado nas relações sociais que reprimem e mitigam a livre manifestação da vontade e do corpo. Portanto, o corpo se constitui como um mero objeto no qual conjuntos de significado cultural previamente relacionados são inscritos. O corpo é, em si mesmo, uma construção, que se integra em um oceano de sujeitos que apenas adquirem respaldo social por se sujeitarem aos anseios do gênero imposto.

Não é possível se imaginar um corpo em que a sua existência seja significativa antes da obtenção de sua marca de gênero. E isto é um postulado básico da caracterização do gênero como um instrumento de inserção social. Ainda que se pudesse cogitar que o gênero e o sexo são instrumentos que flertam com o livre, o não obrigatório, haverá de se ter em conta a existência de um discurso que estabeleça limites e restrinja o acesso a métodos que subvertam certos dogmas que estão intimamente ligados a noção de gênero.

Por esta razão, as fronteiras analíticas são repletas de signos que refletem os objetos realizáveis e e imagináveis. Não que isto queira dizer que um corpo pode estar aberto as inúmeras possibilidades das configurações disponíveis, visto que, estes signos replicam os limites de uma experiência aceitável. Para sanar esta ordem do discurso faz-se necessário que haja uma subversão desta ditadura compulsória, desprezando a obrigatoriedade entre sexo, gênero e desejo socialmente impostos. Desta forma, o próprio conceito de gênero se vincularia a legitimar a ordem proposta, na justa razão em ser um instrumento advindo da cultura e do discurso emanado de uma coletividade previamente descrito. Judith Butler descreve que:

O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. Resulta daí que o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural pelo qual “a natureza sexuada” ou o “sexo natural” é produzido e estabelecido como “pré-discursivo”, anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura.⁷⁶⁶

Ou seja, o gênero também atuaria como um instrumento que incita o discurso, que vai de encontro a previamente inscrito e age como um instrumento de manifestações políticas. Dessa maneira, o social acaba por não deixar outras identidades interagirem com a heterossexual pois, estas identidades distintas afetariam toda uma estrutura de mercado que culminaria com performances identitárias distintas. Agem como elementos normalizadores um variado e dinâmico conjunto de normas, disposições e planos que impõem e submetem os seres humanos, e agem como:

Uma das formas privilegiadas de hierarquização das identidades e das diferenças [...] Normalizar significa eleger – arbitrariamente – uma identidade específica como parâmetro em relação ao que as outras identidades são avaliadas e hierarquizadas. Normalizar significa atribuir a essa identidade

⁷⁶⁶ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. P. 27.

todas as características possíveis, em relação às quais as outras só podem ser avaliadas de forma negativa.⁷⁶⁷

Nesta hipótese, o papel de gênero se pautaria, justamente, em uma repetição de trejeitos, ações, marcas, sinais e símbolos que se consubstanciam na manutenção de estabilidade a um sistema heterossexual que possui dois sexos complementares, e que, por sua vez, corroboram para a manutenção das oposições binárias, tais como: homem e mulher, macho e fêmea, masculino e feminino, pênis e vagina. É o que sustenta toda uma ordem compulsória vigente. Sendo realizada através de uma repetição de atos, traços, estigmas, signos e formas; advindos de uma construção cultural que substancia a composição de corpos como notamos hoje, havendo esta mesma distinção entre o corpo masculino e o corpo feminino. Por isto, dever-se-á dizer que o gênero é performativo.

Em seu próprio texto, Butler enuncia que, o gênero “é a estilização repetida do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida, a qual se cristaliza no tempo para produzir a aparência de uma substância, de uma classe natural de ser”⁷⁶⁸. Deste modo, ao acompanhar o pensamento de Judith Butler, o gênero se constitui não de um conjunto de valores culturais submetidos ao corpo, tampouco com a interpretação que este corpo conceda, quicá ao ser homem ou ser mulher. Ele significa um conjunto de regras impostas, perpetuadas e realocadas sobre o corpo de forma a consubstanciam na aparência desejada de forma a conceder um *status* válido aos indivíduos.

Uma coisa é dizer que o gênero é performado, e isso é um pouco diferente de dizer que o gênero é performativo. Quando digo que o gênero é performado, é dizer que se toma um papel, é dizer que estou agindo de uma determinada forma. E essa ação, ou essa interpretação é crucial para o gênero que verdadeiramente se é e o gênero que se apresenta ao mundo. De outra forma, dizer que algo é performativo significa que esse algo produz uma série de efeitos. Podendo dizer que se age, anda e fala de forma que se consolida uma impressão de ser um homem ou de ser uma mulher. Na verdade, é um fenômeno que tem sido produzido todo o

⁷⁶⁷ SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000. P. 83.

⁷⁶⁸ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. P. 59.

tempo, e reproduzido todo o tempo. Então, dizer que o gênero é performativo é dizer que ninguém pertence a um gênero desde sempre.

2. QUEER

É curioso notar que estruturas rígidas e justapostas sempre restringiram a atuação e vivência humana. Refletir sobre os profundos trações de normalização social entre as mais diversas atuações políticas fora um interesse fundante da teoria queer como forma de compreender a instituição de modelos de como ser homem ou ser mulher, como o masculino e o feminino tornaram-se algo distinto e normalizador e compulsório. Em como as relações humanas foram firmadas em modelos e conteúdos que permitem a segregação de alguns em detrimento da liberdade de outros.

Compreender como o queer surgiu como política e culminou como teoria, termina em esclarecer o foco dos regimes de atuação e a a própria vertente de naturalizar a experiência heterossexual e se desvincular de uma perspectiva inspirada nas diferenças e nas iniciativas. É questionar sobre a construção de pessoas ideais, corretas, como todos nós devemos nos enquadrar numa realidade específica que invisibiliza às violências que sucumbem as relações humanas de exclusão e renegação social.

2.1 A heterossexualidade como um modelo social

Em uma análise próxima a que Judith Butler traçou, Preciado estabelece que subsiste uma materialidade sexual que se define pela existência de um ser macho e de um ser fêmea, não sendo possível cogitar uma materialidade distinta ou quiçá modificar-se anatomicamente para que se possa falar em uma conversão entre corpos. Haveria também, duas realidades em se tratando de gênero, razão que justificaria o binário, onde um ser macho portar-se-ia pela performatização do gênero masculino e o ser fêmea pela justa performance do gênero feminino. Nunca seria possível alterar tais identidades, tampouco modificar ou percorrer estas.

Falar-se-ia em um desejo único, que ter-se-ia o desejo como heterossexual e como sendo obrigatório a todos os corpos. Desta forma residiria uma organização específica e ordeira na sociedade, e neste âmbito binário ocorreria um processo de

sujeição de um sujeito em detrimento de outro. O caráter da natureza se atrelaria a tal ordem compulsória, também tida como natural no seio social. De tal forma que a natureza seria a justa medida que reproduziria o caráter natural como unicamente o heterossexual. Escreve Preciado:

O sistema sexo/gênero é um sistema de escritura. O corpo é um texto socialmente construído, um arquivo orgânico da história da humanidade como história da produção-reprodução sexual, na qual certos códigos se naturalizam, outros ficam elípticos e outros são sistematicamente eliminados ou riscados. A (hetero)sexualidade, longe de surgir espontaneamente de cada corpo recém-nascido, deve se reinscrever ou se reinstruir através de operações constantes de repetição e de recitação dos códigos (masculino e feminino) socialmente investidos como naturais⁷⁶⁹

Daí se falar que a heterossexualidade não se consubstancia apenas como uma orientação sexual, mas como um modelo que organiza e rege as nossas vidas enquanto seres humanos políticos. O conceito de heterossexualidade compulsória apregoa que subsiste uma prescrição para que todos os seres humanos sejam heterossexuais, ou seja, apresenta a heterossexualidade como única maneira de exercer de forma aceitável a sua sexualidade. Doris Lessing flerta com tais ideais, vejamos:

Eu era uma mulher terrivelmente vulnerável e crítica, usando minha falta de feminilidade como uma espécie de padrão ou escala para medir e descartar homens. Sim – algo parecido com isso. Eu era uma Anna que provocava o fracasso dos homens sem ter mesmo a consciência disso. (Mas eu estou consciente disso. E estando consciente implica que eu deixe isso para trás e me transforme – mas no que?) Fiquei presa muito rápido a uma emoção comum às mulheres de nosso tempo, que pode torná-las amargas ou lésbicas ou solitárias. Sim, aquela Anna era assim durante aquele tempo [...]⁷⁷⁰

⁷⁶⁹ PRECIADO, Beatriz, **Manifesto Contrassexual**, trad. Maria Paula Gurgel Ribeiro, São Paulo: n-1 edições, 2014. P. 26.

⁷⁷⁰ LESSING, Doris. 1962. **The Golden Notebook**. New York: Bantam, 1977, p. 480. In: Bagoas: revista de estudos gays / Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. – V.1, n.1. jul./dez. 2007 – Natal: EDUFRRN, 2007. P. 23.

A heterossexualidade compulsória, pode ser percebida neste ensaio sobre a existência da mulher lésbica. Nota-se que a mulher lésbica estaria inserida em uma realidade que apresenta a sua amargura face aos homens, tal amargura é sugerida por não adequar-se aos parâmetros que instigam o corpo a se manter ligado a fiel adequação entre o gênero, o sexo e a manifestação do desejo. Adrienne Rich, autora de *Heterossexualidade compulsória e a existência lésbica*, vislumbra que a heterossexualidade compulsória, “por meio da qual a experiência lésbica é percebida através de uma escala que vai do desviante ao odioso ou a ser simplesmente apresentada como invisível”⁷⁷¹.

As origens desta ordem que influem no meio social e também na seara sexual tem sua existência calcada no primórdio que enuncia uma dualidade entre a heterossexualidade e a homossexualidade. Sendo que a heterossexualidade é tida como natural e aceitável no seio social, induzindo-a como compulsória. Justifica-se isto quando nos remetemos, por exemplo, a buscar as causas da homossexualidade. Se acredita que é possível identificar as causas para que uma pessoa seja homossexual, veja, ao assim dispor coloca-se a heterossexualidade como uma matriz, um padrão a ser replicado nos seres humanos e que, por uma dada razão, alguns indivíduos rechaçam este parâmetro.

Digo isto pois, no justo momento em que buscamos uma explicação para a homossexualidade, ainda que não mais seja tida como uma patologia⁷⁷², manifesta-se a matriz que considera a heterossexualidade como algo normal, ou seja, naturalizar-se-á heterossexualidade enquanto encobre-se um mecanismo que reverbera o caráter anormal. Ao invés de buscarmos a explicação pela qual alguns indivíduos são tidos como aceitáveis, normais, corretos, inteligíveis e outros, por sua vez, são abjetos, anormais, inaceitáveis, inválidos na ótica social, busca-se definir

⁷⁷¹ LESSING, Doris. 1962. **The Golden Notebook**. New York: Bantam, 1977, p. 480. In: Bagoas: revista de estudos gays / Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. – V.1, n.1 jul./dez. 2007 – Natal: EDUFRN, 2007. P. 23.

⁷⁷² O homossexualismo passou a existir na CID a partir da 6ª Revisão (1948), na Categoria 320 Personalidade Patológica, como um dos termos de inclusão da subcategoria 320.6 Desvio Sexual. Manteve-se assim a 7ª Revisão (1955), e na 8ª Revisão (1965) o homossexualismo saiu da categoria "Personalidade Patológica" ficou na categoria "Desvio e Transtornos Sexuais" (código 302), sendo que a subcategoria específica passou a 302.0 - Homossexualismo. A 9ª. Revisão (1975), atualmente em vigor, manteve o homossexualismo na mesma categoria e subcategoria, porém, já levando em conta opiniões divergentes de escolas psiquiátricas, colocou sob o código a seguinte orientação "Codifique a homossexualidade aqui seja ou não a mesma considerada transtorno mental". Vide: LAURENTI. Ruy, **Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças**. *Rev. Saúde Pública* [online]. 1984, vol.18, n.5, pp.344-347. ISSN 0034 8910. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101984000500002>.

um parâmetro que corrobora com a segregação e o desassossego de uma esfera da sociedade que encontra seu fim na marginalização.

Michael Warner buscou denominar, em 1991, a medida em que os atributos de ordem heterossexual previamente definem inúmeras esferas acerca da ordem social, tais como educação, trabalho, relações sociais. Ele buscou explicar a heterossexualidade como um dispositivo de sexualidade⁷⁷³ inato, que sempre perpetuaria o seio social. Estabelecendo, para tanto, o conceito de heteronormatividade. As expectativas, anseios, sujeições e expressões adotadas pelo ser humano estariam intimamente ligadas ao pressuposto de que a heterossexualidade seria natural e, de tal forma, um dos pilares de organização social.

Muito aquém de uma mera discricionariedade de como os indivíduos deveriam agir e ser portar, a heteronormatividade iria se dedicar, até mesmo, a se mostrar como embasamento sobre processos de controle social. De tal forma ela estaria impregnada que, não apenas se dedicaria a legitimar e normalizar sujeito, mas sim, de outro lado, tornar possível que os indivíduos de uma coletividade organizem suas vidas com base em um primado correto, imaculado e de destaque na sociedade. Visto que é visível a dominância da heterossexualidade como um marco delimitador de condutas da vida de seres humanos.

Nota-se que a chancela estatal que teria o condão de retirar inúmeros cidadãos de uma esfera marginalizada, apenas tem sentido em deixa-los adentrar o seio social se, e somente se, optarem por igualar-se ao modelo heterossexual e em uma esfera privada. Abandona-se o discurso político. Despreza afirmações sociais coletivas e individuais. Percebe-se que a união não se constitui de inovação, quiçá guarita, visto que se restringe, majoritariamente, a vida privada. Se olvida que é na vida pública que as máculas sociais ganham vida e repercutem na vida do ser político. Ou seja, ao assumir que uma intimidade se equipara a outra, igualmente nos remetemos a um modelo que trata a heterossexualidade como padrão e natureza primeira a ser seguida.

É válido citar a compreensão:

⁷⁷³ “Conjunto decididamente heterogêneo que englobe discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o ditto e o não ditto são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre esses elementos”. Vide: FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. São Paulo: Graal, 2005. P. 244.

... aquelas instituições, estruturas de compreensão e orientações práticas que não fazem com que a heterossexualidade pareça coerente, - ou seja, organizada como sexualidade – mas que também seja privilegiada. Sua coerência é sempre provisional e seu privilégio pode adotar várias formas (que às vezes são contraditórias): passa despercebida como linguagem básica sobre aspectos sociais e pessoais; é percebida como um estado natural; também se projeta como um objetivo ideal ou moral.⁷⁷⁴

Logo, atuando desta maneira a heterossexualidade fundaria processos que teriam reflexos de subjeção e alteridade, até mesmo, em indivíduos que não se relacionem com o sexo oposto. De tal forma que, a heteronormatividade não iria se referir estritamente aos seres humanos legítimos e que se enquadrem nos preceitos de normalidade, mas sim, mostrar-se-ia como uma nova forma de dominação do mundo moderno que se dedica a formar os indivíduos e organiza-los em um modelo pretensamente superior, correto, imaculado da heterossexualidade.

Definir que a heterossexualidade ocupa uma posição de destaque no âmbito da sociedade, permite considerar que ela desempenha papel impar nas relações de poder. Tomar o âmbito das relações de poder significa constatar que o próprio corpo é efeito destas relações de poder. Resistir se torna um dos postulados da teoria *queer* que propõe uma ação política que rompe com o binarismo social e confere caráter de resistência e luta para que se logre êxito em condições de liberdade.

2.2 *Queer* o quê?

É possível traduzir o termo *Queer*⁷⁷⁵ como algo que não faça parte, algo que foge do convívio, que, de alguma forma, foge aos padrões, aos costumes estipulados pela sociedade, algo excêntrico, extravagante, talvez excêntrico, ora extraordinário e, por muitas vezes, como ridículo. Merece destaque que, em inglês, é

⁷⁷⁴ MOTTA, José Inácio Jardim. **Entre identidades e diferenças, entre contextos de abjeção e alteridade: refletindo uma perspectiva *queer* para os processos de educação no âmbito da saúde.** 2014.187 f. Tese (Doutorado em Educação em Ciências e Saúde) - Núcleo de Tecnologia Educacional em Saúde, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. P. 49.

⁷⁷⁵ Opto por manter o termo *queer* devido a impossibilidade de reproduzir fielmente o ônus fortemente pejorativo que o termo incita na cultura norte-americana. Viado, sapatão, bicha, traveco, ou termos assemelhados, se fazem possíveis, apesar de não carregarem a mácula negativa que a terminologia alcançou nos Estados Unidos da América.

também uma expressão ofensiva e desarrazoada⁷⁷⁶. Richard Miskolci acredita que a adoção deste termo, frise-se, um termos que denota perversão, um verdadeiro xingamento, se justifica no “compromisso em desenvolver uma analítica de normalização focada da sexualidade”⁷⁷⁷.

Assim sendo, inicia uma tentativa de compreender a razão pela qual a sexualidade é adequada e perpassada por diálogos de normatização e, se dedicando a refletir “a dinâmica da sexualidade e do desejo na organização das relações sociais”⁷⁷⁸ E complementa⁷⁷⁹:

O que hoje chamamos de *queer*, em termos tanto políticos quanto teóricos, surgiu como um impulso crítico em relação à ordem sexual contemporânea, possivelmente associado à contracultura e às demandas daqueles que, na década de 1960, eram chamados de novos movimentos sociais.⁷⁸⁰

Em virtude do surgimento da epidemia de aids, na segunda metade da década de 1980, nos Estados Unidos da América, cuja qual gerou um dos maiores temores em questão de saúde pública, ante a recusa estatal de consubstanciar

⁷⁷⁶ O termo inglês *queer* é antigo e possuía, originalmente, uma conotação negativa e agressiva contra aqueles que rompiam normas de gênero, em si, homens e mulheres homossexuais. Vide: JAGOSE, Annemarie. **Queer Theory – an introduction**. New York: New York University Press, 1996.

⁷⁷⁷ MISKOLCI, R. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. In Sociologias. Porto Alegre: PPGS-UFRGS, N.21, 2009. P. 154-182.

⁷⁷⁸ MISKOLCI, R. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. In Sociologias. Porto Alegre: PPGS-UFRGS, N.21, 2009. P. 154-182.

⁷⁷⁹ MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. P. 21.

⁷⁸⁰ Richard Miskolci esclarece que os três principais “novos” movimentos sociais foram o movimento pelos direitos civis da população negra no Sul dos Estados Unidos, o movimento feminista da chamada segunda onda e o então chamado movimento homossexual. Eles são chamados de novos movimentos sociais porque teriam surgido depois do conhecido movimento operário ou trabalhador, e porque trouxeram ao espaço público demandas que iam além das de redistribuição econômica. O que havia de, realmente, novo nos movimentos sociais da década de 1960 era uma maior participação de camadas de classe média e até populares em lutas já existentes, mas que passaram a adotar um novo repertório de demandas em um cenário político em que as instituições tradicionais como o Estado e os partidos passavam a ser questionadas sua representatividade e/ou autoridade. De forma geral, acredita-se que estes movimentos afirmavam que o privado era político e que a desigualdade ia além do econômico. Alguns, mais ousados e de forma vanguardista, também começaram a apontar que o corpo, o desejo e a sexualidade, tópicos antes ignorados, eram algo e veículo pelo qual se expressavam relações de poder. Vide: MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. P. 21.

meios para a sua execução em na vigência do governo conservador de Ronald Reagan⁷⁸¹. Frise-se que:

“Uma epidemia que surge a partir de um vírus, que poderia ter sido pensada como a hepatite B, ou seja, uma doença viral, acabou sendo compreendida como uma doença sexualmente transmissível, quase como um castigo para aqueles que não seguiam a ordem sexual tradicional”⁷⁸².

Desta forma, uma doença viral amoldou-se aos íntimos anseios de uma sociedade conservadora.

A aids atuou diretamente na modificação das relações sociais. Isto pois acabou-se por consolidar a realidade de que os valores tradicionais não cederiam espaço aos grupos sociais marginalmente excluídos, cujos quais se dedicavam em sanar as máculas oriundas da ausência de políticas públicas que se substanciassem no tratamento a população afetada. Esta ausência da manifestação do poder público gerou a resistência de um movimento político que “utilizava a questão da aids para atacar o poder, denominado de *Queer Nation*, de onde vem a palavra *queer*, a nação anormal, a nação esquisita, a nação bicha”⁷⁸³.

Se o movimento gay e lésbico vanguardista tinha o objetivo precípuo de insinuar que os homossexuais poderiam ser concebidos como pessoas normais e detentoras de respeito e prestígio social, o movimento *queer*, por outro lado, busca dizer: “ainda em se falando apenas dos gays tidos como tradicionais e detentores de respeito e prestígio social, estes, por sua vez, ainda virão a sofrer alguma limitação e ataque por parte da sociedade, transformando-os em abjetos”. Merece destaque:

A maior parte das pessoas, sobretudo as que estava com o HIV, não faziam parte desse grupo pelo qual o movimento homossexual forjado na década de 1960 lutava. Em sua maior parte, o movimento homossexual emerge marcado por valores de uma classe-média letrada e branca, ávida por

⁷⁸¹ Vide: **THE NORMAL HEART**, Direção: Ryan Murphy. Produção: Brad Pitt, Ryan Murphy, Scott Ferguson. 2014. Cor. Estados Unidos da América. Duração: 128 min. Produtora: HBO Films, Plan B Entertainment. Lançamento: 25 de maio de 2014.

⁷⁸² MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. P. 23.

⁷⁸³ MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. P. 24.

aceitação e até mesmo incorporação social. Algo mais diverso se passa quando surgem movimentos *queer*, se pautarão menos pela demanda de aceitação ou incorporação coletiva e focarão mais na crítica às exigências sociais, aos valores, às convenções culturais como forças autoritárias e preconceituosas. Enquanto o movimento homossexual apontava para adaptar os homossexuais às demandas sociais, para incorporá-los socialmente, os *queer* preferiram enfrentar o desafio de mudar a sociedade de forma que ela lhes seja aceitável. Enquanto o movimento mais antigo defendia a homossexualidade aceitando os valores hegemônicos, os *queer* criticam esses valores, mostrando como eles engendram as experiências da abjeção, da vergonha, do estigma.⁷⁸⁴

Justamente por não se relacionar com a demanda de aceitação e de incorporação social que a teoria *queer* se constitui em uma seara que se passa impregnada de afrontas, onde se encontram presentes traços de: “reconversão, deslocamento, desnaturalização, subversão, performance, paródia”⁷⁸⁵. É correto acreditar que a teoria *queer* tem caráter político e precursor de subversão e transformação aquilo que é tido como instituído, aceitável, natural. Desta forma, é possível notar o surgimento de um elo que almeja a desconstrução de prerrogativas que incitam a classificação em sujeitos normais, legítimos, em face aos sujeitos anormais e alocados a margem do social⁷⁸⁶.

É notadamente uma questão de “complicar a questão da identidade e, indiretamente, também a questão da identidade cultural e social”⁷⁸⁷. Ou ainda: “perturbar os binários de gênero e brincar com as menções feitas de gênero que devem ser vistas desde um olhar sobre o sexo como uma produção discursiva”⁷⁸⁸

⁷⁸⁴ MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. P. 25.

⁷⁸⁵ PEREIRA, P.P.G. **Corpo, Sexo e Subversões: reflexões sobre duas teorias queer**. In Interface Comunicação, Saúde, Educação. Botucatu, v.12, p. 499-512, jul/set, 2008.

⁷⁸⁶ MISKOLCI, R. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. In Sociologias. Porto Alegre: PPGS-UFRGS, n.21, 2009, P. 151-152.

⁷⁸⁷ SILVA, T.T **Documento de Identidade uma introdução às teorias do currículo**. 2ed, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2007. P. 34

⁷⁸⁸ MOTTA, José Inácio Jardim. **Entre identidades e diferenças, entre contextos de abjeção e alteridade: refletindo uma perspectiva queer para os processos de educação no âmbito da saúde**. Rio de Janeiro: UFRJ/NUTES, 2014. P. 47.

Nesse sentido, a teoria *queer* abebera-se de uma crescente discussão que trata sobre o próprio binarismo de gênero e as fronteiras que definem o normal e o anormal.

Em uma perspectiva política, não se almeja uma simplória defesa a homossexualidade como prática aceitável na sociedade moderna, se refere a desconstruir a máxima de normalização das relações humanas num modelo heterossexual, institui-se uma perspectiva de diferença, deslegitimando as referências de poder que se fundam em repressão social e formas de controle e disciplina, trata-se, em uma concepção específica, de:

Tornar visíveis as injustiças e violências implicadas na disseminação e na demanda do cumprimento das normas e das conversões culturais, violências e injustiças envolvidas tanto na criação dos “normais” quanto dos “anormais”. Quer alguém seja completamente ajustado e reconhecido socialmente, quer seja alguém marcado, humilhado as normas e convenções operaram sobre os dois e ambos são capazes de reconhecê-las.⁷⁸⁹

Falar sobre a teoria *queer* é mencionar as resistências e as desconstruções que buscam mitigar as relações de poder baseadas numa ótica restritiva e ostensiva. A ideia de transgressão se mostra como uma condição capaz de explicitar os limites da experiência humana. O próprio lugar e ponto de avulsão, que podem ser capazes de gerar deslocamentos e cortes nas condições que culminaram nas normas e condições sociais aprovadas pelo consenso que estabeleceram a vida social vigente. Sendo estas normas de transgressão capazes de estimular a disparidade entre os objetos de parâmetro.

Esta ideia de avulsão pode ser assemelhada com a ideia de transgressão compreendida por Foucault. A própria ideia de transgressão poderia ser compreendida como um rompimento de barreiras e limites. A transgressão seria uma forma de se viver ao extremo, alcançar o mais próximo ao limite existencial da vida humana. É possível afirmar que a transgressão se constitui como o

⁷⁸⁹ MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. P. 26.

“ultrapassamento dos limites históricos de uma determinada experiência”⁷⁹⁰. Romper normas se constituiria como uma forma de superar. E além disto, romper normas se deflagraria com a própria aversão a novas normas que, após reinstaladas, e com o transcurso do tempo, tornar-se-ão como definitivas, o que iria preconizar a existência de novos limites de transgressão.

Ser *queer* significa estar sujeito a todas as qualificações e predileções que estão inseridas no contexto da heteronormatividade. Entretanto, não significa estar inserido e detentor de legado como indivíduo que deseja permanecer neste rol de qualificações e disposições. Sentir-se extravagante, excêntrico, irrefreável, detentor de marcas de lugares de resistência, questionando o caráter subjetivo das afirmações, os movimentos de identidade e que respaldam o corpo como um ato político. Questionar-se sobre estes signos que marcam a existência humana, sobre a própria representatividade e a ocupação política destes sujeitos que não se enquadra, constitui uma questão importante para o mundo contemporâneo.

O corpo, no âmbito desta teoria, se mostra como um conjunto de arranjos totalmente realizáveis e possíveis de serem concretizados e ainda, que a sua existência não determina as possibilidades, de modo diverso, ela expande possibilidades que se encontram na autonomia de cada indivíduo. A presença da travestilidade⁷⁹¹, da transsexualidade⁷⁹² e da interssexualidade⁷⁹³, não apenas

⁷⁹⁰ VAZ, P.R.G. **Um Pensamento Infame: história e liberdade em Michel Foucault**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1992. P. 91.

⁷⁹¹ “Entende-se, nesta perspectiva, que são travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não-gênero. É importante ressaltar que travesties, independentemente de como se reconhecem, preferem ser tratadas no feminino, considerando insultoso serem adjetivadas no masculino”. Vide: JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. Brasília: Autor, 2012. P. 09.

⁷⁹² “A transsexualidade é uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem é uma doença debilitante ou contagiosa. Há várias definições clínicas que descrevem a condição. Seria exaustivo citá-las. Se puder simplificar bastante, diria que as pessoas transexuais lidam de formas diferentes, e em diferentes graus, com o gênero ao qual se identificam. Uma parte das pessoas transexuais reconhece essa condição desde pequenas, outras tardiamente, pelas mais diferentes razões, em especial as sociais, como a repressão. A verdade é que ninguém hoje sabe por que alguém é transexual, apesar das várias teorias. Umaz dizem que a causa é biológica, outras que é social, outras que mistura questões biológicas e sociais. Ao contrário do que alguns pensam, o que determina a condição transexual é como as pessoas se identificam, e não um procedimento cirúrgico. Assim, muitas pessoas que hoje se consideram travestis seriam, em teoria, transexuais. Cada pessoa transexual é tratada de acordo com o seu gênero: mulheres transexuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos, querem e precisam ser tratadas como quaisquer outras mulheres. Homens transexuais adotam nome, aparência e comportamentos masculinos, querem e precisam ser tratados como quaisquer outros homens. Uma pessoa transexual pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que adota e do gênero com relação ao qual se atrai afetivo-sexualmente,

seriam uma expressão desta não ligação obrigatória entre sexo, gênero e desejo e sim, por outro lado, uma constituição de que as possibilidades do corpo desafia as próprias estruturas de identidade de gênero.

É possível elencar, que o interesse maior da Teoria *Queer*, seria contemplar e compreender a forma como o gênero binário fora construído e como ele determinou inúmeras relações de poder, sujeição e submissão entre os seres humanos e focar-se na diferença existente entre estes últimos para reconstruir uma sociedade plural baseada na diferença e na representação e visibilidade das pessoas; caracterizando a permissividade e as múltiplas possibilidades oriundas do corpo político.

2.3 O sujeito abjeto

Se nos dedicarmos com afinco, percebemos que a problemática avançada pela Teoria *Queer* não é, necessariamente, a da homossexualidade. Isto pois resta evidente que a sociedade sempre busca um subterfúgio que permita a normalização dos agentes sociais e de suas condutas. E sim, por outro lado, a inquietação afirmada, remete-se ao corpo abjeto. O corpo abjeto resguarda íntima ligação com o coletivo social. A abjeção se constitui do espaço destinado aos indivíduos que soam desagradavelmente, avesso, desarrazoado, ao ônus social imposto de manter a conjuntura política e social.

É importante frisar que a abjeção pode ser mensurada de várias formas e em níveis distintos. Cito como uma possibilidade a nítida realidade brasileira: você ser renegado a posições inferiores no nível social bem como em oportunidades profissionais, por ser negro. Ou seja, você é categorizado em uma posição com menos direitos ou quicá reconhecimento social pelo fato de trazer consigo

portanto, mulheres transexuais que se atraem por homens são heterossexuais, tal como seus parceiros, homens transexuais que se atraem por mulheres também; já mulheres transexuais que se atraem por outras mulheres são homossexuais, e vice versa. Vide: JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. Brasília: Autor, 2012. P. 07-08.

⁷⁹³ Pessoa cujo corpo varia do padrão de masculino ou feminino culturalmente estabelecido, no que se refere a configurações dos cromossomos, localização dos órgãos genitais (testículos que não desceram, pênis demasiado pequeno ou clitóris muito grande, final da uretra deslocado da ponta do pênis, vagina ausente), coexistência de tecidos testiculares e de ovários. A intersexualidade se refere a um conjunto amplo de variações dos corpos tidos como masculinos e femininos, que engloba, conforme a denominação médica, hermafroditas verdadeiros e pseudo-hermafroditas. Vide: JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. Brasília: Autor, 2012. P. 14.

características históricas que sempre foram vistas como prejudiciais ou indesejadas pelo senso-médio do cidadão.

A própria sexualidade é íntima, resguardada, preciosa, e é uma das mais restritas áreas do eu interior. Não parece estranho o próprio social eleger um modelo político que busca organizar até este nível da complexa estrutura humana. Incentivando a violação a estes corpos e promovendo não apenas uma violência física, bem como a violência simbólica contra os que ousam desviar desta norma. A partir desta íntima sensação que a abjeção se consagra. Visto que “a abjeção acaba sendo maior via sexualidade porque ali se unem esses sentimentos mais profundos, em que a pessoa mais se sente em confronto com a ordem social”⁷⁹⁴.

O abjeto, nesta ótica, é aquele que causa horror ou repulsa como se fosse impregnado de máculas ao ponto de tudo que possuir contato com este objeto ser contaminado ou violado. Depreende-se que a violência simbólica de um insulto decorre desta seara. Já que este insulto não está apenas designando um julgamento a alguém está classificando este ser como objeto de repulsa social. Mary Douglas⁷⁹⁵, explica que, a dinâmica do corpo abjeto funciona de forma que conduz a “extirparem” os aspectos socialmente indesejáveis de si, tão logo as formas não perniciosas são tidas como “impuras”, incorretas ou, em termos atuais anormal. Integrar-se no seio social, costuma ser, uma das mais violentas e marcantes situações de recusa e abnegação, contra si mesmo, contra suas próprias marcas de expressão e signos de sua vida e escolhas pessoais.

Imagina-se que por intermédio desta ideia de abjeção, possa ser possível elucidar boa parte da técnica que, no âmbito coletivo, reproduz a injúria e a violência contra face dos indivíduos que subvertam e elucidem o caráter instável das relações de gênero, bem como do caráter heteronormativo existente, vestindo a diferença e reproduzindo coerências que violam as predileções familiares do restritivo e do caráter multiplicador sempre vigilante do olhar cotidiano, social, respeitável. Em uma análise acurada do evento da Aids, Miskolci tece uma importante consideração, veja:

⁷⁹⁴ MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. Página: 42.

⁷⁹⁵ MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. Página: 43.

A partir da experiência histórica recente da aids, a abjeção ganhou maior relevância na forma como passamos a pensar as relações sociais. Em nossa sociedade, o desejo por pessoas do mesmo sexo tende a ser visto como algo abjeto, e esse triste fato ajudou a caracterizar a eclosão da epidemia de HIV/aids na década de oitenta como uma pânico sexual, uma reação contra a homossexualidade, entendida como uma espécie de ameaça coletiva. Se isso já se passava antes, a partir da epidemia essa noção foi reforçada e disseminada, de maneira que, até hoje, ser chamado de homossexual quase sempre equivale a ser xingado, um chamado a se auto-compreender e, ao mesmo tempo, a constatar a condenação social do que se é⁷⁹⁶.

Esta experiência de abjeção se insere no contexto de um próprio julgamento negativo sobre a revelação do desejo por um corpo igual, ou no caso, o desejo homossexual. Com destaque para o momento em que se eleva o rompimento de padrões que insistem em definir os homens gays e as mulheres lésbicas como cidadãos adequados ao contexto social, agindo de forma a se assemelhar aos homens e mulheres heterossexuais, ou seja, que não se destaquem em serem gays e lésbicas, ou, como se não bastasse, que não subsista deslocamento entre os gêneros ou se ouse pensar em realizar alterações nos corpos ou mudanças de gênero.

Desta forma, busca tornar-se invisível os meninos femininos e as meninas masculinas, e não apenas estes, mas, sobretudo, os travestis e transexuais vítimas de violência no cotidiano das cidades brasileiras. É possível dizer ainda que, por esta razão a sociedade nutre maior aversão as dissidências de gênero do que as mudanças relativas à orientação sexual. Por esta razão, “homens gays que adotam uma estética masculina e um estilo de vida hegemônico sofrem menos violência e, de certa maneira, até mesmo contribuem para corroborar a normatividade”⁷⁹⁷.

Uma clara vigência de expressão mergulhada na heteronormatividade diz respeito a realidade de tantos casais homoafetivos que encontram, com grande

⁷⁹⁶ MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. Página: 44.

⁷⁹⁷ MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. Página: 44.

dificuldade, certa adequação em “adotar um padrão hétero em seus relacionamentos”⁷⁹⁸. O próprio molde atual de luta de algumas classes em busca de reconhecimento a parceria civil e a adoção livre e irrestrita por casais que subvertam a ordem de gênero reiteram a existência de momento histórico onde busca-se adequação entre a ordem existente e a heteronormatividade, muito aquém do que poderá sugerir a heterossexualidade compulsória.

As próprias características humanas de adequação e permissibilidade se voltam ao justo momento em que se age, atua, desenvolve traços que busquem um fiel padrão de comportamento e reticência. Um olhar dedicado às diferenças nos permite vislumbrar os modelos, os imperativos; ou também, o exercício dedicado a impor a uma coletividade convenções culturais. É neste momento que a teoria *queer* se insere, num olhar de insubordinação, de luta, de violação ao dominante, ao hegemônico, que dispensa o poder consagrado e visa acender cidadãos que se encontram em posição subalterna.

3. AUTONOMIA

Pode se dizer que a própria natureza humana está ligada aos aspectos de liberdade e consonância com as predileções humanas. Imaginar os seus limites e observar as suas esferas de atuação é uma das mais intrigantes esferas de pensamento humano. Visto que a própria condição humana pressupõe a liberdade, a independência e autonomia como pontos de confluência de um princípio da dignidade humana. O controle sobre as liberdades individuais e a esfera de atuação estatal e social sobre os aspectos de coercibilidade que influem na autonomia humana. Na medida em que a própria inclinação e a influência a paixões e fatores morais influenciam na capacidade humana da autodeterminação e do pleno exercício de suas liberdades individuais e coletivas.

3.1. Liberdade/Autonomia e soberania popular

⁷⁹⁸ MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6. Página: 45.

O que vem a ser autonomia sempre foi um dos valores fundamentais do ideal liberal⁷⁹⁹. O próprio conceito de liberdade é interlaçado com o definido por autonomia e podem ser vistos sob o uma ótica similar e de auto complementação. É importante enunciar que a definição de liberdade comporta a de autonomia. Liberdade: “Condição daquele que é livre. Capacidade de agir por si mesmo. Autodeterminação. Independência. Autonomia”⁸⁰⁰. Liberdade é, antes de mais nada, uma categoria em constante modificação e adquire, para os mais variados fins, conceitos e aplicações distintas. Liberdade: “liberdade-ídolo, mistificação liberal inscrita nas bandeiras, nas constituições, na publicidade (‘liberdade é uma calça jeans desbotada’)”.

A própria conceituação da acepção liberdade é distinta a depender do ponto de análise. Mostra-se como uma questão intrínseca a própria compreensão do Estado democrático de direito, na medida em que, segundo Immanuel Kant, o próprio Direito teria fundamento de existência, “permitir a coexistência entre as liberdades das pessoas de acordo com leis universais de conduta”⁸⁰¹. É possível dizer que há realmente algum resquício de liberdade de escolha ou nossos caminhos já estamos previamente destinados a um em específico? Diante os numerosos fatores condicionantes presentes na sociedade, tais como a natureza biológica, social e histórica, ainda nos resta a faculdade de exercermos alguma faculdade?

Contemporaneamente, busca-se delinear os contornos da liberdade e da autonomia em duas vertentes distintas. Uma versa sobre a liberdade individual de cada ser humano de, num contexto sócio-político, atuar ativamente na formação da vontade do Estado, tornando-se um partícipe da produção do próprio destino da sociedade em si. Rousseau delimita este entendimento ao dispor que, a liberdade, “significa obediência à lei que nós prescrevemos”⁸⁰². Ou seja, para esta vertente ser livre seria uma característica vinculada, necessariamente, a possibilidade de atuar

⁷⁹⁹ ROSENKRANTZ, Carlos F. **El valor de la autonomía**. In: La autonomía Personal. Investigación colectiva del centro de estudios institucionales de Buenos Aires. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1992. P. 11.

⁸⁰⁰ JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. P. 151.

⁸⁰¹ COING, Helmut. **Elementos fundamentais de filosofia do direito**. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 61.

⁸⁰² MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. In: MERCA- DANTE, Paulo (Coord.). **Constituição de 1988: o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990. p. 25.

ativamente na vida política e no espaço público em conjunto com os demais membros da sociedade.

De forma distinta, a outra versa sobre a autonomia privada que poderia ser definida justamente como o seio especial que garante ao agente atuar sem restrições do poder, dentro de uma ótica de autodeterminação e livre de cerceamentos e mitigações nesta atuação. Em contrapartida a primeira vertente, temos que “o governo pelo povo não constitui necessariamente liberdade”⁸⁰³. É possível dizer que o essencial seria a contenção do poder estatal face aos tutelados. Na medida em que, a igual participação política nem sempre é assegurada e isto culmina na adoção de medidas que violem direitos que não se mostram relevantes a grupos determinados⁸⁰⁴.

É em uma ótica temerária que se admite o exercício do poder estatal que pode culminar na adoção de um poder que emprega, ou quem quer que empregue, o uso de autoridade tirânica para governar, revelando caráter autoritário o que culminaria em conflitos e tensões sobre os ideais de liberdade individual e soberania popular. Tendo isto em vista, admite-se que a autonomia privada almeja furtar-se do próprio alvedrio estatal de regular e controlar, cada vez mais, a esfera de atuação intrínseca a cada ser humano. Seja pela adoção de medidas de controle social ou pela articulação de posições específicas que visem restringir direitos à grupos historicamente excluídos.

Entretanto, é importante destacar que, apesar da subsistência de prováveis conflitos, enfrentamentos e disputas entre os indivíduos de uma coletividade democrática, parece imperativo afirmar que não se faz possível vislumbrar a liberdade individual e a soberania popular em separação obrigatória⁸⁰⁵. Sendo imperativo afirmar que, numa esfera política em que não se permita o gozo das liberdades individuais efetivamente garantidas, com a concretização de tolerância, respeito, do direito à diferença e da efetiva manifestação política, não haverá

⁸⁰³ BINENBOJN, Gustavo. **Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 231.

⁸⁰⁴ RAWLS, John. **A theory of justice**. 20th print. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 221 ss.; DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 1-38.

⁸⁰⁵ TOURAINE, Alain. **Qu'est-ce que la démocra** e Paris: Fayard, 1994. p. 40-87.

democracia e sim uma mera atuação estatal que culmine na dominação e sujeição, note:

A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem a efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos.⁸⁰⁶

É importante observar que esta dicotomia entre liberdade individual e soberania popular possuem uma íntima conexão⁸⁰⁷. Jürgen Habermas⁸⁰⁸ enaltece que, em uma análise complementar, não se deve distingui-las e sim mesclar as respectivas. Afirma-se que, tanto a liberdade individual quanto a soberania popular são intrínsecas à construção do próprio direito, e diante das múltiplas facetas sociais é da própria concretização de um Estado democrático, não se faz possível elencar a obrigatoriedade das normas em valores substantivos, tampouco com o uso do poder coercitivo. Sendo necessária a busca de legitimação por intermédio de um processo discursivo que culmine na formação do próprio direito.

Isto seria possível, tão somente, numa análise concreta, se buscar-se o discurso sem coerção de cunho estatal, ou de repressões de camadas e esferas sociais. Sendo imperativa a possibilidade natural de participação dos mais diversos indivíduos da coletividade, em caráter concomitante, sendo estes destinatários e propriamente autores das normas e reflexos construídos para o Direito. É importante elencar que, os direitos fundamentais não seriam concebidos como inatos e anteriores a própria formação do corpo político social e sim, de outro lado, organizados e elencados pela própria coletividade.

Norberto Bobbio, versando sobre as liberdades individuais e a soberania popular, sobrepõe uma distinção ao que enuncia como sendo as liberdades positivas e as liberdades negativas. Entende por liberdade negativa “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que

⁸⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 51.

⁸⁰⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 135.

⁸⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P.113-168.

o impeçam outros sujeitos⁸⁰⁹. É a liberdade em sua essência de liberdade externa. É a liberdade de agir, de atuar, de reconhecer o caráter performático do gênero e ter a faculdade de pronunciar-se no âmbito social sem a coerção social ou a limitação imposta pelo poder estatal. Ou seja, é a liberdade de controlar e determinar suas próprias ações.

Afirmção curiosa se dá ao acreditarmos os ideais propostos por Isaiah Berlin⁸¹⁰. Ao afirmar que a ideia de liberdade positiva fora associada, ao longo do tempo, não apenas ao indivíduo como imaginada em sua natureza. E sim, à sociedade. Ao adotar essa perspectiva aduz que o próprio poder estatal ou até mesmo a comunidade poderiam, supostamente, atuar de forma contrária aos seus interesses com a adoção de medidas que almejavam o bem-estar social em benefício de todos e não apenas de seus próprios interesses, sendo, por muitas vezes, contrários a eles. Assim sendo, a própria ideia de liberdade positiva poderia culminar no surgimento de mitigações ao indivíduo sobre o argumento de libertar os próprios agentes.

Portanto, a própria concessão da liberdade pode ser um intermédio de limitar os próprios indivíduos justificando-se em motivos escusos que acabam por restringir e a própria concretização das faculdades humanas. É possível assim dispor ao analisar, por exemplo, o discurso de Franklin Roosevelt⁸¹¹, que ao questionar as quatro liberdades fundamentais, buscou concretizá-las como à liberdade de religião e de expressão e a liberdade da necessidade, bem como a liberdade do meio. Sendo útil elencar que estas seriam apenas concretizadas se, e somente se, o Estado atuasse positivamente.

Apesar de não ser possível negar estes tentáculos estatais que limitam e restringem a atuação dos seus cidadãos. Não é possível falar-se, no âmbito da análise da liberdade, nas próprias restrições impostas pelo corpo social que cerceiam a própria liberdade humana, e em alguns casos, em condições nefastas a tal ponto que os poderes públicos quiçá o fariam, veja:

⁸⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. P. 96.

⁸¹⁰ BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade. Estudos sobre a humanidade**. Trad. Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

⁸¹¹ FRIEDRICH, Carl J. **Derecho, independencia, libertad: una nueva evaluación**. In:———. *La filosofía del derecho* Trad. Margarita Álvarez Franco. 6. reimp. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 379.

Não importa o quanto o individuo seja livre a respeito do Estado se além disto não é livre na sociedade. Não importa que o Estado seja liberal se após ele sobrevém a sociedade subjacente e despótica. Não importa se o individuo seja livre politicamente se não é livre socialmente [...]. E, após isto, para chegar-se ao centro do problema da liberdade, é necessário dar um passo atrás: do Estado e da sociedade civil.⁸¹²

É importante ressaltar que, tendo em conta que a pessoa humana não é, ao menos, infimamente capaz de satisfazer suas necessidades vitais. E que o aspecto totalitário permeia toda a seara da própria liberdade positiva, visto que ela fora associada ao coletivo e não ao individual, não resta opção a não ser afirmar que o seu conceito não se amolda a liberdade que deve ser concedida aos indivíduos para delimitarem e vivenciarem os aspectos sociais como seus próprios senhores, não se sujeitando ao coletivo político e estatal que insistem em impor ideais para sucumbir a natureza humana.

Sendo necessário convergir para ideais de liberdade que garantam aos cidadãos condições vitais para o exercício das mais diversas formas de agir. Através do imperativo surgimento de um discurso social que culmine na formação de um regramento jurídico que garanta condições mínimas para desfrutar-se da liberdade de forma plena e consciente. Sem restringir-se pelas convenções sociais e pelo alvedrio estatal que mitigam o desenvolvimento e a concretização das liberdades individuais de ser e agir.

3.2. A autonomia da vontade e as questões de gênero

Acredita-se que em virtude de a natureza humana possuir, necessariamente, vícios e carências que se constituem sob determinados objetos e coisas, nossa vontade não seria unicamente definida por atos incondicionados que se replicaram ao longo do tempo. E sim, através de uma lei moral que incita a formação de um imperativo categórico que está atrelado à busca por circunstâncias que satisfaçam a nossa natureza deficitária que busca um fim necessário. Surge um fim em si mesmo entre o ser humano e a natureza de racionar todo e qualquer ato. Aparece um índice restritivo inato que atua de forma a mitigar a própria tomada de decisões.

⁸¹² Bobbio, Norberto. **Igualdad y libertad**. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. P. 143.

Immanuel Kant diz que, o princípio da autonomia, se corrobora de uma síntese do princípio da universalidade da lei e do princípio da dignidade da natureza racional. Do primeiro decorreria o caráter auto legislador das normas e, devido a seu caráter imperativo e normalizador, a submissão do indivíduo racional face à lei deveria ser cogitada como a submissão como se o próprio houvesse instituído a lei. Ora, nesta ótica o indivíduo não poderia excusar-se da lei, ele seria autor e destinatário e não subsiste qualquer caráter que convergiria a exceções a ela, visto o seu caráter universal:

Pois quando pensamos uma tal vontade [legisladora universal], se bem que uma vontade subordinada a leis possa estar ainda ligada a estas leis por meio de um interesse, não é no entanto possível que a vontade, que é ela mesmo legisladora suprema, dependa, enquanto tal, de um interesse qualquer; pois que uma tal vontade dependente precisaria ainda de uma outra lei que limitasse o interesse do seu amor- próprio à condição de uma validade como lei universal.⁸¹³

Esta vontade universal justificaria a sujeição coletiva. Visto que a obrigação ao cumprimento da lei se obtinha não com o constrangimento pelo poder Estatal, e sim com a necessidade de respeitar a sua própria vontade. Essa própria vontade seria fundada através da vontade individual ou da vontade alheia. Mas sempre do ideal de comunidade. Comunidade esta que seria regida por leis comuns, e como dito, idealizadas e promulgadas por todos e para todos. Guardam infortúnios as declarações de Kant. Justamente na medida em que versa sobre um padrão comum que deve ser seguido e as particularidades devem ser excluídas em face das suas diferenças.

Não se verifica uma correlação com a capacidade do sujeito de “autogoverno de sua esfera jurídica”⁸¹⁴, tendo como matriz um ser humano igualmente racional, capaz de decidir, por si só, as benéficas e os malefícios de suas condutas para com

⁸¹³ TREVISAN, D. K. **A Metafísica dos Costumes: A Autonomia para o Ser Humano**. 2011. 336 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, 2011. P. 210.

⁸¹⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1985. p. 89.

os demais, tendo a faculdade de reger-se de acordo com suas escolhas e que não perturbem ou violem outros valores que se constituem como relevantes para a comunidade. Este ponto, acerca dos valores que se constituem como relevantes ao seio social, deve ser revestido de melhor tratativa. Visto que, atuam diretamente no imaginário popular e se justificam em ações que marginalizam grupos que não se adequam ao socialmente desejável.

Isto ocorre, sobretudo no tocante a performance do gênero no seio social. É importante frisar que nem todas as manifestações da autonomia da vontade são permitidas, ou quiçá valoradas de igual forma. Diante disto, existem inúmeras dimensões que, por não serem relevantes ou interessantes para a comunidade, são desprezadas e destituídas de importância para a promoção da dignidade da pessoa humana. A própria proteção outorgada deve se pautar para a esfera de decisões de cunho existencial. Uma vez que, as decisões de caráter sexual, artístico e ideológico acarretam limitações extensas e profundas que inviabilizam a promoção da igualdade e da liberdade.

Quando nos remetemos aos padrões de gênero nos deparamos com intensas e numerosas reprimendas que ocasionam a restrição a própria autonomia. O modelo heteronormativo reduz os limites das possibilidades do gênero humano. Não se admite a existência do menino afeminado ou da menina máscula. Perdura uma guerra declarada contra estes atores sociais. A homossexualidade, a transsexualidade, a bissexualidade ou pansexualidade são vistas como lápides. Stockton acerta ao afirmar que “a frase ‘menino gay’ é uma lápide para marcar o lugar e o momento em que a vida heterossexual de alguém morre”⁸¹⁵. E este postulado pode igualmente ser replicado nas demais variáveis de gênero.

Ainda quando se arrisca a exarar um gênero distinto, a vontade legisladora universal presente em cada um dos seres humanos, atua de forma a reprimir e restringir essa manifestação de vontade. Não se permite a existência de um gênero dissidente. Se atua de forma a invisibilizar e proibir tais atos. Na medida em que, não se tolera esta diversidade. Leva-se a psicólogos, psiquiatras, e demais profissionais da área médica tentando corrigir o incorrigível⁸¹⁶. Neste contexto, a

⁸¹⁵ STOCKTON, Kathryn Bond. **The Queer Child, or Growing Sideways in the Twentieth Century**. Durham; London: Duke University Press, 2009. P. 7.

⁸¹⁶ O homossexualismo passou a existir na CID a partir da 6ª Revisão (1948), na Categoria 320 Personalidade Patológica, como um dos termos de inclusão da subcategoria 320.6 Desvio Sexual. Manteve-se assim a 7ª Revisão (1955), e na 8ª Revisão (1965) o homossexualismo saiu da categoria

intervenção estatal e social mostra-se um elemento perturbador da liberdade de cada ser humano.

Num lugar onde as relações deveriam se desenvolver sobre um arcabouço de igualdade e permissibilidade, onde a ordem social deveria ser dedicada a agregar os diferentes, a sociedade opta por, em conjunto com o Estado, marginalizar indivíduos. Não se aceita o cidadão *queer*. Não se legitima a união civil e tampouco se aceita o ato de autodescoberta, de auto aceitação e autotransformação que constitui o cerne de assumir-se um *queer*. A “realidade” que insiste chamar atenção, seja pela voz amarga do genitor, ou talvez pela insinuação de um parente próximo. Não é permite uma autodeterminação sem que antes algum indivíduo não haja de forma a restringir a limitação e reforçar o uso de uma norma.

Sendo um padrão ético, social, moral e também comportamental socialmente construído e que vem sendo historicamente aceito e instituído como caráter normalizador. E quanto aos demais, os que não se enquadram, os que não conseguem, apesar de todos os esforços, se integrarem e perpetuarem as suas performances de gênero sendo dissidentes ou, até mesmo, aqueles que tentam adequar-se a figura heteronormativa padrão? A estes, Michel Foucault⁸¹⁷ destinou uma característica peculiar, a condição de inumanidade atribuída aos loucos, que devem ser apartados, contidos, supliciados e, também, reeducados.

É notório, a condição dos cidadãos *queer*, os que fogem do padrão, os que são considerados monstros como os de estórias de terror para crianças, a estes são designados distintos pontos sociais que visam reeduca-los, contê-los e reprimi-los. Se clarificando nos mais distintos e diversos meios sociais. Desde as escolas que insistem em não adaptar-se no recebimento de crianças que subvertem a ordem socialmente instituída, até mesmo aos hospitais e aos organismos públicos, em especial notório caso onde, no legislativo brasileiro se busca sustar⁸¹⁸ o Decreto Nº 8.727, de 28 de abril de 2016, que “Dispõe sobre o uso do nome social e o

"Personalidade Patológica" ficou na categoria "Desvio e Transtornos Sexuais" (código 302), sendo que a subcategoria específica passou a 302.0 - Homossexualismo. A 9ª. Revisão (1975), atualmente em vigor, manteve o homossexualismo na mesma categoria e subcategoria, porém, já levando em conta opiniões divergentes de escolas psiquiátricas, colocou sob o código a seguinte orientação "Codifique a homossexualidade aqui seja ou não a mesma considerada transtorno mental". Vide: LAURENTI. Ruy. **Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças**. *Rev. Saúde Pública* [online]. 1984, vol.18, n.5, pp.344-347. ISSN 0034 8910. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101984000500002>.

⁸¹⁷ FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. São Paulo: Perspectiva. 1978. P. 274.

⁸¹⁸ BRASIL. **Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo – PDC 395/2016**.

reconhecimento de identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”.

É preciso encarar a representação social que realiza denúncias de maus tratos, descrevem atitudes que antes eram silenciadas e, por tal razão, longe do inteligível intelecto humano. Razão que deve ser capaz de permear o seio social e demandem atitudes que incubem normas e valores que representem as mudanças sociais em face das demandas daqueles agentes que antes eram humilhados, marginalizados, silenciados, vigiados e reprimidos e que se possa pautar-se em um discurso que enalteça as diferenças entre os mais diversos seres humanos e reconheça-os como indivíduos humanos e enalteça-os pelos traços singulares e extravagantes que os definem.

3.3 Autodeterminação

A espontaneidade, ou também, a voluntariedade e o agir sem influências, ter o livre arbítrio, que constitui um importante elo de ligação com a autonomia. É possível considerar que Immanuel Kant possui distintas definições sobre a autonomia da vontade. Ele considera a autodeterminação como uma específica qualidade do arbítrio. Enunciando que a própria liberdade existente na multiplicidade de opções que o livre arbítrio traz consigo. Elencando suas especificidades próprias ao assim considerar:

A liberdade do arbítrio é de tal feição, inteiramente própria, que ela não pode ser determinada por outro impulso a uma ação senão na medida em que o ser humano a tenha adotado em sua máxima (o tenha tornado regra universal segundo a qual quer se comportar); só assim pode um impulso, seja qual for, ser consistente com a espontaneidade absoluta do arbítrio (da liberdade).

Sendo possível acreditar que o juízo de valor do ser humano, que se expressa na adoção de razões que justifiquem o agir e, especificamente, incluindo os respectivos atos que contribuem para a adoção de medidas que não condicionem a expressão de uma ação em virtude de ações do meio. Ou seja, guarda estrita relação com o consentimento e com a própria consciência do agir humano. Considera-se que a razão contribua para a incorporação da real motivação oculta na vontade do agente. A razão é a única forma capaz de elucidar o motivo. “As ações

são motivadas, em grande parte, pela sensibilidade, mas não completamente determinadas; pois a razão tem de fornecer um complemento da suficiência”⁸¹⁹.

Existe vinculação obrigatória com a razão e a indispensável faculdade do julgamento humano. Nessa ótica, Kant afirma que: “visto que se exige a razão para deduzir as ações a partir de leis, então a vontade nada mais é que razão prática”⁸²⁰. Imagina-se que o próprio uso da razão esteja, inevitavelmente, relacionado ao imaginário coletivo em definir ações e respeitar os atos de império advindos do poder Estatal. Sendo possível constatar que a concessão do aspecto de razoabilidade se correlaciona com o próprio ato de afirmar a conduta como sendo moral ou imoral e o seu juízo prático de responsabilidade.

Logo, o próprio alvedrio do poder estatal se correlacionaria com as acepções do seio social de delimitar as condutas como moralmente aceitas ou então, de forma distinta, relega-las ao esquecimento ao afirmar seu caráter inócuo e dispensável ao corpo social. Isto se justifica ao analisarmos a própria esfera social que se dedica a excluir e retirar do convívio aqueles indivíduos que não se adequam as normas de heteronormatividade, e não apenas a estas. É possível estender o próprio caráter de abjeção e incluir a figura dos usuários de drogas, profissionais do sexo, indivíduos desprovidos de recursos e acesso a educação e cultura, ou seja, aqueles que não se resguardam no viés que restringe direitos e define condutas como aceitas ou recusadas, são tidas como reprovadas no coletivo social, incluindo-as nas condutas imorais.

Nesta diapasão não se faz possível a equiparação entre a autodeterminação e auto legislação do ser humano. Apesar de serem conceitos próximos, apresentam categorias distintas e resolutas. Note que a autodeterminação se relaciona com a espontaneidade do ser humano, em como age e como decide atuar na esfera social, há direta relação com o livre arbítrio e a capacidade racional enunciada por Immanuel Kant. Em se tratando de auto legislação, tem-se uma relação intrínseca de dependência com a autonomia da vontade e o conceito de moralidade e

⁸¹⁹ SANTO, Marília Lopes de Figueiredo do Espírito. **Autonomia da vontade e dedução transcendental na fundamentação da metafísica dos costumes**. 2012.150 f. Tese (Doutorado Filosofia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. P. 37.

⁸²⁰ SANTO, Marília Lopes de Figueiredo do Espírito. **Autonomia da vontade e dedução transcendental na fundamentação da metafísica dos costumes**. 2012.150 f. Tese (Doutorado Filosofia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. P. 37.

imoralidade atribuídos pelo coletivo social. Visto que este atributo está diretamente relacionado aos limites de atuação no âmbito da sociedade moderna.

Em se falando de autodeterminação, é possível tratar acerca da própria aceção de vontade instituída no intelecto de Immanuel Kant. Ainda que trate a vontade como um aspecto legislativo e sempre, necessariamente, o retifique o importante papel que este poder desempenha sob o ser humano, também não se olvida que o próprio ideal de sujeição humana as leis que, por ora, são constituídas por cada ser racional como um legislador universal, também há de se falar no poder de agir segundo a correta representação das leis. A autonomia, portanto, é considerada como a sujeição ao imperativo das leis, sendo que tais normas são concretizadas por cada ser social.

Ou seja, não há como se falar em vontade como livre ou não livre. Uma vez que ela está vinculada ao poder de não agir conforme dispõe um fundamento determinante que legitima e ilegítima condutas. Tal caráter de legitimidade é concedido de acordo com a aptidão para o desempenho da norma legislativa no âmbito social. Assim, a liberdade seria dirigida e dedicada a aptidão de sujeição a leis e normas. Sendo a ação humana enlaçada na espontaneidade da autodeterminação, na medida em que a própria razão define legitimidade a lei auto imposta (em se tratando do ser humano como auto legislador) e a própria razão indica a certeza de um motivo.

Um ser humano racional não poderia escusar do cumprimento legislativo sem negar a sua própria noção de razão. Na medida em que a razão delimita e sustenta as proposituras legislativas que definem os limites da atitude humana. Ou seja, o ser humano pratica ações e atos que visem uma justa adequação aos limites legislativos. Entretanto, certas ações que são tidas como injustificáveis não são compreendidas como suficientes para relacionar-se com o aspecto da racionalidade. Isto pode ser observado, concretamente se nos dedicarmos a análise do atual sistema legislativo brasileiro.

Depreende-se que subsiste um ordenamento concentrada na propositura de leis e atos normativos que prestigiem algumas condutas em virtude de outras. Ao defini-las como morais ou imorais e impregnando-as de uma carga valorativa peculiar. Isto contribui para o atual Estado de direito que se justifica na adoção de medidas cada vez mais restritivas as próprias liberdades individuais. Acarretando

uma extensa demanda da atuação do poder judiciária na concretização de políticas públicas, bem como de garantir a aplicação e eficácia da proteção de direitos e garantias fundamentais como agente determinante para a vida em sociedade.

Devido a própria natureza jurídica que consagra o direito como um sistema complexo e aberto em si mesmo, visto que não é capaz de solucionar todos os conflitos advindos das próprias relações sociais. Se fazendo necessário o diálogo com outras esferas de poder. Por isto, o próprio conceito de autonomia da vontade e a sua garantia no contexto da possibilidade de atuação humana, é delimitado e restringido com base no próprio sistema jurídico. Note, a própria possibilidade de instrumentação da vontade é determinada pela razão. Tendo em conta que a razão é limitada pela própria possibilidade de exposição dos motivos em face do caráter sancionador da sociedade.

Digo mais, como todas as ações racionais envolvem a representação de leis, e aqui, data vênua considera-se a própria expressão cunhada por Roberto Lyra Filho ao definir o direito achado na rua⁸²¹, e partindo do próprio fundamento lógico na formulação de leis e determinações socioculturais, não se faz possível elencar uma força legislativa que, espontaneamente adotada e, deste modo, atue como facilitador das relações sociais, que comporte a autonomia da vontade de forma plena e concreta na formação cidadã. Sendo pois, possível considerar, que a autonomia da vontade não atua diretamente na formulação das questões de gênero por encontrar óbices na própria formação legislativa.

Existe, no campo da própria construção social, a individualização e construção de identidades. Atuando de forma a consagrar um disciplinamento de valores que sujeita e identifica o agente ao passo em que o torna objeto de uma cultura que se consagra com o intuito de examinar a conduta humana e corrigi-la, de modo a qualifica-la e induzir possíveis caracteres de normalidade e aceitação. A isto Foucault chama de “disciplinamento interno dos saberes”⁸²². Situando-as sobre concepções distintas. A primeira versa sobre o poder disciplinar que destaca um

⁸²¹ “O Direito Achado na Rua é um movimento dialético-crítico, que trabalha com a reconceituação do direito, o desenvolvimento de práticas jurídicas renovadas, o aprofundamento de discussão sobre a cidadania e a paz. Iniciado na Universidade de Brasília pelo falecido pensador e jurista Roberto Lyra Filho, é, atualmente, liberado por José Geraldo de Sousa Junior”. Vide: Loguércio, José Eymard. 1993. **Liberdade Sindical: Construindo Novos Direitos. Reafirmando a Força Simbólica dos Direitos Adquiridos** in José Geraldo de Sousa Júnior (org.) *Introdução Crítica ao Direito do Trabalho*. Série O Direito Achado na Rua, v. 2. Brasília: Editora UnB. P.218

⁸²² FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo, Editora Martins Fontes.1999. P. 297.

caráter objetivo ao sujeito. De forma diversa a segunda intitula-se de biopoder e tem como postulado a adequação individual com vistas a uma consolidação global. Explicado como: “algo como uma homeostase: a segurança do conjunto em relação a seus perigos internos”⁸²³.

Desta forma, surge a necessidade de restringir a autonomia dos indivíduos com vistas a governar e sujeitar os indivíduos, tanto através do poder disciplinar como através do biopoder. Empregando, para tanto, uma conjuntura social que se aproprie de saberes e afirmações para disciplinar os agentes a seguirem o modelo social vigente. Ou seja, o sujeito tem se constituído como um elemento formal e suscetível a ideias de ordem pedagógica. Ou seja, pode-se dizer que o sujeito não é um ser inato e fixo. E sim, um individuo que fora produzido pelo intermédio de diferentes tipos conhecimento, forjado nas relações de poder e também das próprias relações que estabelece no âmbito pessoal, profissional e familiar.

Pode ser considerado como um conjunto de saberes adquiridos a partir de um intenso processo de educação e trabalho árduo. Sendo uma das funções sociais a de construir e transformar um objeto que precise disto para se concretizar num possível projeto de sucesso. Neste momento, compreende-se o sujeito como o resultado de uma produção histórica e atrelada ao campo social, concretizado no comprometimento com as relações de poder que condicionam o conhecimento e atuam na formação de papéis de relevante inscrição social. Imagina-se que o sujeito desempenhe papel de destaque nesta construção.

Tendo em conta que a própria construção do sujeito é realizada a partir de processos de subjetivação; cujos quais, por sua vez, são vinculados e enunciados por discursos e omissões em consonância com a linha tênue da liberdade e da verdade. Neste momento é interessante frisar o quão relevante se constitui a afirmação de um modelo como normal, aceito, verdadeiro. O modelo heteronormativo, no momento em que traveste-se de verdadeiro e padrão, constitui um caminho que altera as condições e o artefato do gênero humano, visto que admite e proclama uma aceitação imperativa e universal.

⁸²³ FOUCAULT, M. **História da Sexualidade vol.1: A Vontade de Saber**. São Paulo, Editora Graal, 2010. P. 72.

Apesar de acreditar que a experiência tem o condão de modificar a natureza humana. “Ao se atravessar uma experiência se produz mudanças”⁸²⁴. A experiência de gênero se distingue, pois apesar de comportar múltiplas nuances, a ela não é dada escolha. Não se é permitido atravessar experiências que culminem na construção da verdade. Não se é permite transitar da sociedade moderna e hegemônica para um território inóspito e caracterizado por avesso, desarrazoado, sujo, errado. Uma vez que há um enfático discurso ideológico que acentua o caráter inadequado da performatividade de gênero.

É notório que as regras de discurso são produzidas e reafirmadas em uma prática social que adote um modelo que possa ser compreendido e definido como verdadeiro e aceito. Até a própria linguagem pode ser questionada se nos atentarmos ao fato de que, talvez não sejamos nós que estamos enunciando ou aduzindo uma informação sobre algo ou sobre alguma coisa, e sim, uma própria linha de discurso que nos foi repassada por formações e construções que se constituem em tempo diverso. Portanto, a relação entre a prática do discurso e os processos de construção do sujeito se tornam intimamente relacionados.

A instituição de um sujeito envolve a concretização de uma informação que seja constituída como verdadeira. Sendo o discurso constituído como figura mítica na ideia de um sujeito socialmente construído. Podendo se acreditar que os seres humanos são incitados a serem sujeitos pelo intermédio de práticas discursivas que levem em conta a instituição de padrões de vida e modelos de consumo humano. A linguagem, portanto, opera de forma a reproduzir e instituir relações de poder por meio de seus postulados. Imaginando-se que a construção destes discursos instituem a formação de identidades com potenciais restritivos a atos alternativos em virtude do modelo hegemônico, qual seja, o heteronormativo.

É nesta matriz que se consubstancia a inexistente autonomia da vontade nas questões de gênero. Acredita-se que todo o conhecimento esteja relacionado a uma significação. A própria significação é atrelada as relações de poder e instituição de normas e atos para os sujeitos. A subjetividade é uma questão de relevante importância pois influencia e condiciona a existência humana. Ainda mais em se tratando de uma fonte tão particular quanto a do gênero humano. Por isto, a teoria *queer* também busca relacionar-se em uma perspectiva de análise do discurso que

⁸²⁴ FOUCAULT, Michel. **El yo minimalista y otras conversaciones**. Buenos Aires: La Marca Editora Forense Universitária, 2008. P. 87.

legítima estas exclusões e violências. Compreender os limites destes discursos e a razão por se tornarem legítimos está relacionada a uma ampla visão de conhecimento.

CONCLUSÃO

Enveredar-se pelo entremeio dos problemas de gênero e se questionar sobre os múltiplos aspectos que possam ser suscitados neste quadro fático é corroborar com a ideia distinta que perpassa esta seara. Inúmeras foram as questões em comendo. A própria concretização da existência de um gênero dissidente, que vá aquém do feminino e do masculino já comporta uma carga valorativa de relevante cunho político. Não se faz correto imaginar que existam gêneros corretos, errados, verdadeiros ou falsos, reais ou falsos. A natureza humana comporta mais variáveis do que ousei discorrer neste ensaio. Razão pela qual restringir a esfera de atuação humana se faz de pouco proveito.

A própria instituição de uma identidade de gênero que possa ser elevada ao grau de natural e inata se mostra uma mera ficção que tem como princípio primeiro a regulação e a submissão social. Ora, é muito conveniente e confortável pertencer ou enquadrar-se ao que está previamente construído e livre de questionamentos, preconceitos, medos e fúrias. Conceber que os atributos de gênero são meramente expressivos e incorporados numa justa relação de adequação entre o sexo biológico, o gênero e o desejo sexual expresso é agir de forma conivente com as relações arbitrárias de poder que vigoram no coletivo social.

A própria distinção entre gênero expressivo e gênero performativo é fantástica e inteligente. Se nós atuamos e ressignificamos inúmeras proposições que enunciem e explicitem normas rígidas, por intermédio destes atos e maneiras que o corpo encontra de mostrar a atribuição de novos signos revelando este status performativo. E esta implicação tem resultados relevantes. Se não há identidade inata que existiu antes de qualquer outra por meio do qual um ato possa ser mensurado, não será possível falar em atos verdadeiros ou falsos. E tão somente falar-se-ia na falácia reguladora que apregoa a identidade de gênero verdadeira.

Dizer que a própria realidade da expressão de gênero através de performances também implica considerar que as próprias construções que incitam

as noções essenciais da definição de sexo essencial e das respectivas noções de masculinidade e feminilidade como permanentes, inatas e verdadeiras e sim, de modo diverso, concluir que tais noções implicaram uma construção que se perpetua como parte de uma manobra que se dedique a invisibilizar o caráter performativo do gênero bem como as múltiplas nuances performativas das configurações de gênero aquém das restritas estruturas de dominação e subversão de corpos através da ditadura heteronormativa.

Seria incoerente versar sobre a teoria *queer* e reduzi-la a um ponto factível e imutável. Reconhecer isto é concretizar as redes de poder que se encontram presentes em todos os lugares e que atuam, em suas práticas de discurso ou abstenções, bem como no núcleo de suas instituições, seja apagando subversões ou buscando impedir processos de transgressão, para macular a própria existência humana. É buscar tornar inexistente os atos que visam romper normas e embaralhar posições que se encontrem nos campos limítrofes das fronteiras do império social.

É notório que o próprio caráter instigador da teoria *queer* tende a possibilitar a transgressão em espaços de relevância e que as próprias violações de normas culminam num movimento que tende a mudanças que se perpetuem no tempo. Sendo possível acreditar que este movimento abre caminho para a construção de novas fronteiras normativas que, em sua própria essência, irão constituir novos espaços de resistência e luta. Não sendo possível permanecer a margem da sociedade em busca de sobras e direitos não concretizados, é imperativa a necessidade de uma linguagem que resignifique a fronteira binária entre os seres humanos e os objetos do trato social que remetem a uma construção que segrega e não inclui.

Definir que a sociedade é centrada num modelo heteronormativo que busque enquadrar os indivíduos a partir de uma invocação performativa que remete ao período de gestação humana, quando tão somente falar-se-á em nascituro. É influir que a prescrição humana que institui a heterossexualidade como um sistema político, que rege e governa a nossa atuação enquanto seres racionais, atua a partir da definição de um órgão sexual restrito e preciso que delimita a construção do humano. Concedendo sentido e legitimidade ao corpo sexuado. Sendo possível tomar as palavras de Beatriz Preciado e dizer que “os órgãos sexuais não são somente ‘órgãos reprodutores’, no sentido de que permitem a reprodução sexual da

espécie, e sim que são, também e sobretudo, ‘órgãos reprodutores’ da coerência do corpo como propriamente ‘humano’⁸²⁵.

O *queer* vem com o objetivo de tornar lucidas e vividas as injustiças e violências que foram impostas justamente por intermédio dessa disseminação que demanda o respeito a normas e postulados que convergem na adoção de medidas culturais, e atos de violência e injustiças que são nítidas na criação de indivíduos categorizados como aceitos e não aceitos. Tanto ao falar-se em indivíduos ajustados, quanto se falar-se em indivíduos desajustados socialmente, as convenções sociais buscam marcar e segregar os indivíduos em categorias distintas. Marcando alguns como humilhados e inválidos e outros como aceitos e reconhecidos.

O contexto permite propor inúmeras teorias sobre a faculdade de cada indivíduo de efetuar escolhas e o caráter permissivo que a seara pública desempenha neste momento. A autonomia da vontade pode ser vista por numerosos posicionamentos e concretizações. Como o próprio direito que não se constitui como um sistema fechado e imutável de normas e atos. Permitir interpretações e posicionamentos diversos que corroborem para a construção de um ordenamento amplo e que busque, ao menos teoricamente, adequar-se as mais distintas características e facetas da sociedade em que vigora. É neste justo momento que se percebe a autonomia da vontade, a liberdade ou a própria autodeterminação como um dos princípios postulares da natureza humana que nunca lograram destaque em sua vivência efetiva.

A própria interligação entre caminhos teóricos que elenquem a identidade e a diferença, no tocante ao campo da sexualidade humana, é permear um campo em transformação e de uma característica inata da própria exclusão e segregação do abjeto. A identidade e abjeção estão inscritas e ligadas de forma a atingir a própria esfera material dos indivíduos, o corpo sexuado. Destrinchar os detalhes que podem ser influenciados por intermédio e um controle de gestos, atos, comportamentos, discursos e características bem como fatores e elementos no qual o indivíduo é inserido, se constitui como uma locução de influencia sobre o corpo, sendo constituída como uma espécie de adestramento.

⁸²⁵ PRECIADO. Beatriz, **Manifesto Contrassexual**, trad. Maria Paula Gurgel Ribeiro, São Paulo: n-1 edições, 2014. P. 131.

Ao assumir que existe uma relação intrínseca entre o modelo heterossexual e a formação dos sujeitos humanos, que excluem o próprio caráter natural e diverso da performatividade humana, resguarda para os demais sujeitos um marca de repressão e medo social pela expressão de seus desejos e razões e os colocam em um local de isolamento e negação. Isto é relevante na medida em que o desejo humano é perigoso de ser expressado. O desejo sexual e a sua adequação com o gênero e o sexo se constituem como um postulado rígido e inviolável, ousar transgredi-lo é inserir-se em um campo de luta, onde a própria autonomia da vontade é posta em segundo plano com o objetivo primeiro de manter esta relação histórica de poder sobre os corpos e subjetividades humanas.

Neste contexto fora possível construir um olhar *queer* sobre a própria autonomia da vontade, que se insere como um postulado de liberdade e envaidecimento visto que não é concedida a natureza humana questionar e irresignar-se sobre o processo de construção de gênero. Permite-se, tão somente, uma mera ratificação da construção que lhe fora imposta e reiterada desde a infância e que impossibilita a própria reformulação das questões inerentes ao gênero. Desestabiliza a possibilidade de performance de gênero e reforça a construção de estruturas binárias que criam faixas de desconforto e desagrado a vida dos indivíduos no trato social.

Resta uma mera e inexorável atribuição a capacidade social de definir e resguardar as identidades de gênero como detentoras de razão e capacidade em incutir características no corpo sexuado dos indivíduos. Ou seja, o corpo social define e elenca as características desejáveis e as replica, incitando a sua própria concretização no âmbito dos anseios sociais. Definir-se com um caráter patológico é uma das mais severas condições humanas de abjeção. Este caráter é justamente definido quando a sociedade recusa a integração de indivíduos que subvertam o caráter fixo do gênero humano.

Assim, a teoria *queer* reúne um elenco de possibilidades. Possibilidades estas que podem ser retomadas através da resistência e do dever de dedicar-se a transgressão de normas socialmente dispostas. Para que não seja possível e relevante falar sobre ódio e morte, ou ousar incitar o erro ou receio das sexualidades desviantes de uma norma padrão heterossexual, cujas quais, ao decorrer dos anos foram sendo afirmadas como um pretenso problema social. Buscando a real concretização dos postulados transcritos em Yogyakarta, que apregoam o

imperativo de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os seres humanos são universais, independentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”⁸²⁶.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Caio Fernando. **Pequenas Epifanias**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1996.
- BEAUVOIR, Simone de, **The Second Sex**, trad. E. M. Parshley, Nova York: Vintage, 1973.
- BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade. Estudos sobre a humanidade**. Trad. Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002.
- BINENBOJN, Gustavo. **Direitos humanos e justiça social: as ideias de liberdade e igualdade no final do século XX**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

⁸²⁶ **Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Trad. Jones de Freitas. Rev. Sonia Correa e Angela Collet. Julho de 2007. P. 6.

_____. **Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2010. P. 161

BRASIL. **Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo – PDC 395/2016.**

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais de filosofia do direito.** Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

DELCOLLI, Caio. **Travesti é 1º lugar em vestibular de universidade federal.** In: Exame, 2016. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/travesti-e-1o-lugar-em-vestibular-de-universidade-federal>. Acesso em 18 de junho de 2016.

FRIEDRICH, Carl J. **Derecho, independencia, libertad: una nueva evaluación.** In:———. La filosofía del derecho. Trad. Margarita Álvarez Franco. 6. reimp. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

FOUCAULT, Michel. **El yo minimalista y otras conversaciones.** Buenos Aires: La Marca Editora Forense Universitária, 2008.

_____. **História da Sexualidade I: a vontade de saber.** São Paulo: Graal, 2005.

_____. **História da Loucura.** São Paulo: Perspectiva. 1978.

FURLANI, J. **Sexo, Sexualidade e Gêneros: monstruosidades no currículo de educação sexual.** Belo Horizonte, Educação em Revista, n.46. Dez. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALBERSTAM, Judith. **Masculinidad feminina.** Barcelona; Madrid: Egales, 2008.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos.** Brasília: Autor, 2012.

José Eymard. 1993. **Liberdade Sindical: Construindo Novos Direitos. Reafirmando a Força Simbólica dos Direitos Adquiridos.** In: José Geraldo de Sousa Júnior (org.) Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série O Direito Achado na Rua, v. 2. Brasília: Editora UnB.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Segunda seção. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores: Kant).

LAPA, Nádia. **O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho.** In: Carta Capital. 2013. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-para-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

LESSING, Doris. 1962. **The Golden Notebook.** New York: Bantam, 1977, p. 480. In: Bagoas: revista de estudos gays / Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. – V.1, n.1. jul./dez. 2007 – Natal: EDUFRN, 2007.

MACEDO, Ana Gabriela; AMARAL, Ana Luísa (Orgs.). **Dicionário da Crítica Feminista.** Porto: Afrontamento, 2005.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). *Constituição de 1988: o avanço do retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990.

MISKOLCI, R. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. In *Sociologias*. Porto Alegre: PPGS-UFRGS, N.21, 2009.

_____. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças** / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1985.

MOTTA, José Inácio Jardim. **Entre identidades e diferenças, entre contextos de abjeção e alteridade: refletindo uma perspectiva queer para os processos de educação no âmbito da saúde**. 2014.187 f. Tese (Doutorado em Educação em Ciências e Saúde) - Núcleo de Tecnologia Educacional em Saúde, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

PEREIRA, P.P.G. **Corpo, Sexo e Subversões: reflexões sobre duas teorias queer**. In *Interface Comunicação, Saúde, Educação*. Botucatu, v.12, p. 499-512, jul/set, 2008.

PRECIADO. Beatriz, **Manifesto Contrassexual**, trad. Maria Paula Gurgel Ribeiro, São Paulo: n-1 edições, 2014.

Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Trad. Jones de Freitas. Rev. Sonia Correa e Angela Collet. Julho de 2007.

RAWLS, John. **A theory of justice**. 20th print. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 221 ss.; DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

ROSENKRANTZ, Carlos F. **El valor de la autonomia**. In: La autonomia Personal. Investigacion colectiva del centro de estudios institucionales de Buenos Aires. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1992.

ROSSET, Clément. **Anti-natureza: elementos para uma filosofia trágica**. Rio de Janeiro: Editora Espaço e Tempo, 1989.

RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo**. Tradução: Christine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha, Sonia Corrêa. Recife: SOS Corpo, 1993.

SANTO, Marília Lopes de Figueiredo do Espírito. **Autonomia da vontade e dedução transcendental na fundamentação da metafísica dos costumes**. 2012.150 f. Tese (Doutorado Filosofia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012.

SEDGWICK, Eve. **Tendencies**. Durham: Duke University Press, 1993. P.157 – 158. In: MISKOLCI, Richard. Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças / Richard Miskolci. – 2. Ed. Rev. E Ampl., 2. Reimp. – Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2015. – Série Cadernos da Diversidade; 6.

SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. **Documento de Identidade: uma introdução às teorias do currículo**. 2ed, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2007.

STOCKTON, Kathryn Bond. **The Queer Child, or Growing Sideways in the Twentieth Century**. Durham; London: Duke University Press, 2009.

THE NORMAL HEART, Direção: Ryan Murphy. Produção: Brad Pitt, Ryan Murphy, Scott Ferguson. 2014. Cor. Estados Unidos da América. Duração: 128 min. Produtora: HBO Films, Plan B Entertainment. Lançamento: 25 de maio de 2014.

TREVISAN, D. K. **A Metafísica dos Costumes: A Autonomia para o Ser Humano**. 2011. 336 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, 2011.

TOURAINE, Alain. **Qu'est-ce que la démocratie?** Paris: Fayard, 1994.

VAZ, P.R.G. **Um Pensamento Infame: história e liberdade em Michel Foucault**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1992.

WOODWARD, Katy. **Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual**. In SILVA T.T. Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis, Editora Vozes, 2011.