

ORGANIZAÇÃO

JULIA MAURMANN XIMENES
JANETE RICKEN LOPES DE BARROS

GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO: TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDB/IDP TURMA I/2013

AUTORES:

Alcebiades Galvão César Filho
Clarissa Jahn Sturzbecher
Elielson Almeida
Fernanda Chagas Moniz de Aragão Gonzaga
Jéssica Guedes Santos
Kelly Araújo Batista de Carvalho
Lana Kelly Silva Ramos
Manuela Karoline Brito Santos
Marina Bezerra Lopes
Tamires Jade Pereira da Silva

Organização
Julia Maurmann Ximenes
Janete Ricken Lopes de Barros

**GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO
TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDB/IDP
TURMA I/2013**

1ª edição

Autores:

Alcebíades Galvão César Filho
Clarissa Jahn Sturzbecher
Elielson Almeida
Fernanda Chagas Moniz de Aragão Gonzaga
Jéssica Guedes Santos
Kelly Araújo Batista de Carvalho
Lana Kelly Silva Ramos
Manuela Karoline Brito Santos
Marina Bezerra Lopes
Tamires Jade Pereira da Silva

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

X6g Ximenes, Julia Maurmann (Org.)

Grandes temas da Graduação: TCC da Graduação de Direito da EDB/IDP turma I/2013. / Organizadoras Julia Maurmann Ximenes, Janete Ricken Lopes de Barros. – Brasília: IDP, 2018.

353 p.

Inclui notas explicativas e bibliográficas e referências ao fim dos capítulos.

ISBN: 978-85-9534-025-1

1. Direito - coletânea. 2. Direito Constitucional. 3. Judiciário. I. Título. II. Ximenes, Julia Maurmann (org.) III. Barros, Janete Ricken Lopes de.

CDD: 340.81

CDU:34(81)

APRESENTAÇÃO

*Julia Maurmann Ximenes
Janete Ricken Lopes de Barros*

A Escola de Direito de Brasília/EDB inaugurada em 2011 vem obtendo destaque nos diversos processos avaliativos do MEC e no exame de ordem. Vários fatores contribuem para esse sucesso, tais como, o corpo de professores altamente qualificados, uma metodologia de ensino moderna, a internacionalização da Escola, a estrutura física, a qualidade dos alunos e o engajamento da comunidade acadêmica.

A EDB implementa diversos mecanismos de apoio e incentivo à pesquisa e à produção de conhecimento. Visa, especialmente, a formação de alunos reflexivos, capazes de resolver efetivamente problemas da sociedade.

Nessa esteira, a presente obra compila alguns dos trabalhos mais destacados elaborados pela competente e promissora turma de graduação em Direito que concluiu o curso no segundo semestre de 2017 e dois trabalhos da turma do primeiro semestre de 2018. Os alunos Alcebiades Galvão Cesar Filho, Clarissa Jahn Sturzbecher, Elielson Gonçalves de Almeida, Fernanda Chagas Moniz de Aragão Gonzaga, Jéssica Guedes Santos, Kelly Araújo Batista de Carvalho, Lana Kelly Silva Ramos, Manuela Karoline Brito Santos, Marina Bezerra Lopes, Tamires Jade Pereira da Silva escolheram temas bastante variados e atuais, preparando pesquisas de inegável qualidade e que oferecem importante contribuição para variadas áreas do direito.

Cuida-se de pesquisas inegavelmente profícuas, elaboradas por um rol de estudantes extremamente talentoso, ético e responsável, que nos enche de orgulho, orientados pelo destacado corpo de professores da EDB: Fábio Lima Quintas, André Luiz Santa Cruz Ramos, Ricardo Morishita Wada, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis, Danilo Porfírio de Castro Vieira, Cristiane Damasceno Leite Vieira e Marilda de Paula Silveira.

A presente obra demonstra 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 da Graduação: TCC da graduação de Direito da EDB/IDP Turma I/2013”, desejando a todos uma ótima leitura!

SUMÁRIO

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	07
Alcebíades Galvão César Filho	
TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE	38
Clarissa Jahn Sturzbecher	
O NOVO CÓDIGO COMERCIAL COMO REALIZADOR DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA: A MITIGAÇÃO DO REVISIONISMO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	73
Elielson Almeida	
A APLICAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES AO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL.....	104
Fernanda Chagas Moniz de Aragão Gonzaga	
A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO NA ELABORAÇÃO DE PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS NO ÂMBITO FEDERAL: ESTUDO DE CASO SOBRE A ADI 4983 E SUAS REPERCUSSÕES NO CONGRESSO NACIONAL	135
Jéssica Guedes Santos	
O PROBLEMA DA CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA NA DISPOSIÇÃO DO GÊNERO: A autonomia da vontade do menor nas relações existenciais.....	175
Kelly Araújo Batista de Carvalho	
CYBERSTALKING E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA NOVA FORMA DE AGRESSÃO?.....	222
Lana Kelly Silva Ramos	
RECALL – A DESTITUIÇÃO DE UM REPRESENTANTE FEITA PELO SEU REPRESENTADO: UMA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO.....	257
Manuela Karoline Brito Santos	
AS IMPLICAÇÕES SOBRE O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	287
Marina Bezerra Lopes	
O IMPACTO DA ADI 4.650 NO MODELO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS: UM OLHAR SOBRE AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DAS CAPITAIS DO SUDESTE DE 2016.....	319
Tamires Jade Pereira da Silva	

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSTITUTIONAL CLAIM AND OVERRULING IN THE AMBIT OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Alcebíades Galvão César Filho

SUMÁRIO: Introdução; 1 Reclamação constitucional: origens, evolução e atual moldura normativa; 2 Eficácia *erga omnes*, efeito vinculante e hipóteses de cabimento da reclamação constitucional no âmbito do STF; 3 Os julgados referentes à Reclamação nº 4.374-PE e à Medida Cautelar na Reclamação nº 25.236-SP; 3.1 A Reclamação nº 4.374-PE; 3.2 A Medida Cautelar na Reclamação nº 25.236-SP; 4 Considerações acerca da superação de precedentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente artigo se propõe a responder em que medida o instituto da reclamação constitucional, diante de sua atual moldura normativa, poderia ser utilizado, no âmbito do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, como um meio para a superação de precedentes jurisprudenciais. Para tanto, será utilizada uma abordagem jurídico-dogmática, por meio da qual serão tratados aspectos considerados mais relevantes para a compreensão das finalidades e possibilidades do instituto da reclamação. No decorrer do trabalho serão apresentados dois julgados referentes às reclamações nas quais se identificou a ocorrência de relevante superação jurisprudencial. Ao final serão apresentadas algumas considerações, inclusive de natureza crítica, acerca da viabilidade da utilização do instituto da reclamação para a superação de precedentes no âmbito do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Reclamação Constitucional; Autoridade; Decisão; Efeito Vinculante; Repercussão Geral.

ABSTRACT

This article proposes to answer to what extent the institute of the constitutional claim, in view of its current normative framework, could be used, within the scope of the constitutionality control carried out by the Federal Supreme Court, as a means to overcome jurisprudential precedents. In order to do so, a legal-dogmatic approach will be used, by means of which aspects considered more relevant for the understanding of the purposes and possibilities of the claim institute will be treated. In the course of the work will be presented two judgments referring to the complaints in which the occurrence of relevant jurisprudential overrun has

been identified. Finally, some considerations, including of a critical nature, will be presented on the viability of using the claim institute to overcome precedent in the ambit of the STF.

KEYWORDS: Constitutional Claim; Authority; Decision; Binding Effect; General Repercussion.

INTRODUÇÃO

O instituto da reclamação, cuja origem repousa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de meados do século XX, foi incorporado ao Regimento Interno do STF em 1957 e hoje se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro também por meio de dispositivos posteriormente inseridos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, como adiante será demonstrado.

O presente artigo se propõe a abordar aspectos considerados mais relevantes para a compreensão das finalidades e possibilidades do referido instituto, também denominado de reclamação constitucional, com foco especial na viabilidade de sua utilização para a revisão de precedentes jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Diante de tal propósito, questiona-se em que medida o instituto da reclamação constitucional, cuja moldura normativa encontra-se expressa nos diplomas mencionados, poderia ser utilizado, no âmbito do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo, como um meio para a superação de precedentes.

A busca de uma resposta para esta questão se revela de extrema importância, dada a constatação de que inobstante as atuais funções do instituto da reclamação constitucional, nos termos em que dispõe a legislação de regência, visarem garantir a autoridade das decisões da Corte, coibir a usurpação de sua competência, bem como combater eventuais violações às súmulas vinculantes, por vezes o referido instituto tem sido utilizado como meio para a revisão da jurisprudência do próprio Tribunal.

Com vistas ao atingimento dos objetivos propostos, inicialmente será empreendida uma análise do atual contexto normativo da reclamação constitucional, abordando-se aspectos relativos às suas origens, evolução, atual moldura normativa, bem como aspectos relativos à eficácia *erga omnes*, ao efeito vinculante e às hipóteses de seu cabimento.

A seguir, serão analisados os julgados relativos à Reclamação nº 4.374–PE e à Medida Cautelar na Reclamação nº 25.236–SP, nos quais se pretende evidenciar, em especial, a ocorrência da superação de precedentes.

Ao final, serão elaboradas algumas considerações, incluindo uma breve análise crítica acerca dos posicionamentos adotados pelo Supremo nos citados

julgados, de modo a ressaltar aspectos tais como a adequação e a razoabilidade na utilização do instituto da reclamação constitucional com vistas a superação de precedentes.

No desenvolvimento do presente trabalho, será adotada uma abordagem jurídico-dogmática, de modo que, a partir de uma pesquisa normativa e doutrinária, bem como de caráter jurisprudencial, nos limites de abrangência dos julgados estudados, buscar-se-á encontrar elementos que possam confirmar ou infirmar a hipótese inicial, acerca da viabilidade de utilização da reclamação constitucional como meio legítimo para a superação de precedentes, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

1 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: ORIGENS, EVOLUÇÃO E ATUAL MOLDURA NORMATIVA

O instituto da reclamação constitucional, previsto na Constituição Federal e que tem como finalidade precípua preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões, decorre de uma criação jurisprudencial¹ fortemente influenciada pelo princípio dos poderes implícitos (teoria dos *implied powers*), proclamado e reconhecido pela Suprema Corte norte-americana, a partir do julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland*, em 1819, no qual se discutia a possibilidade de uma lei federal, mesmo contrariando uma lei estadual, permitir a instituição de um banco².

Acredita-se que a construção inicial da reclamação constitucional se fundou na teoria dos poderes implícitos, em razão da falta de contornos definidos sobre o instituto à época de sua criação³.

A incorporação do instituto ao Regimento Interno do STF, dispondo sobre sua competência para processar e julgar, originariamente, “a reclamação que vise a preservar a competência do Tribunal ou a garantir a autoridade de suas decisões”⁴, só ocorreu em 1957, amparada na competência concedida ao tribunal pelo art. 97, inciso II, da Constituição de 1946, para

elaborar seus Regimentos Internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1385.

² DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 146.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1385.

⁴ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, publicado no Diário da Justiça em 27/10/1980: Art. 6º Também compete ao Plenário:

(...)

g) a reclamação que vise a preservar a competência do Tribunal ou a garantir a autoridade das suas decisões.

A legitimidade definitiva da reclamação somente veio a se verificar a partir da Constituição Federal de 1967, que autorizou o Supremo Tribunal a estipular disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições de seu Regimento Interno relativas aos seus processos⁵.

A aquisição do atual *status* constitucional pelo instituto da reclamação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, só veio a ocorrer a partir da promulgação da Constituição de 1988, a qual, por meio de seu art. 102, inciso I, alínea “I”, concedeu à Corte a competência precípua de guarda da Constituição, bem como a incumbência de “processar e julgar, originariamente”, dentre outros, “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. Na mesma oportunidade, a Carta Constitucional consignou o cabimento da reclamação, perante o Superior Tribunal de Justiça, também visando preservar a competência desse tribunal e assegurar a autoridade de suas decisões, nos termos do art. 105, inciso I, alínea “f”.

A partir de 2004, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, na chamada Reforma do Judiciário, a Constituição Federal passou a admitir o cabimento da reclamação também contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariasse ou aplicasse equivocadamente súmula vinculante, nos termos em que dispõe o art. 103-A, § 3º:

do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Ainda com referência ao Regimento Interno do STF, deve-se ressaltar o posterior deslocamento da competência originária para o processamento e o julgamento da reclamação, do Plenário da Corte para as suas Turmas, por força das alterações introduzidas pela Emenda Regimental nº 49, de 3 de junho de 2014⁶.

O Código de Processo Civil de 2015, ao inserir em seu texto dispositivos que tratam da reclamação, acrescentou, às hipóteses de cabimento já previstas na Constituição Federal e no Regimento Interno do STF, a possibilidade de utilização da reclamação com vistas a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de recursos

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 843.

⁶ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, atualizado com a introdução da Emenda Regimental 49/2014:

Art. 9º Além do disposto no art. 8º, compete às Turmas:

I – processar e julgar originariamente:

(...)

c) a reclamação que vise a preservar a competência do Tribunal ou a garantir a autoridade de suas decisões ou Súmulas Vinculantes.

extraordinário ou especial repetitivos, desde que tenham sido esgotadas as instâncias ordinárias, nos termos em que dispõe o art. 988, § 5º, inciso II, do CPC⁷. Como se vê, a referida hipótese de cabimento, acrescida ao CPC por força da Lei nº 13.256/2016, trata de uma modalidade de reclamação atípica e distinta da atual reclamação constitucional, uma vez que possui um caráter eminentemente legal e se destina especificamente a controlar as decisões judiciais que se afastem das teses jurídicas firmadas pela Corte, em sede de repercussão geral, nos moldes previstos no referido dispositivo legal.

Segundo entendimento atualmente pacificado, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, a reclamação constitucional se apresenta como uma medida de caráter jurisdicional, uma vez que, conforme ensina Marcelo Dantas⁸, tal caráter decorre de seu poder de produzir alterações em decisões tomadas no processo jurisdicional, bem como em razão da decisão proferida, na reclamação constitucional, produzir coisa julgada.

Ainda a esse respeito, conforme ressalta Marcelo Dantas,

(...) quando a reclamação é da competência do Supremo e, ainda mais, nesse caso, quando se destina a obrigar ao cumprimento de decisão da corte, referente ao controle de constitucionalidade, ou a preservar a competência do Pretório Máximo no que toca a tal fiscalização, atinge o seu zênite como instrumento de jurisdição constitucional⁹.

No tocante a natureza jurídica da reclamação constitucional, inobstante o reconhecimento da existência de certa complexidade para sua definição, o que faz com que parte da doutrina, especialmente nos anos que se seguiram ao seu surgimento, tenha lhe atribuído naturezas diversas, atualmente o entendimento majoritário lhe atribui a natureza jurídica de uma ação¹⁰.

A esse respeito, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes ressaltam que

tal entendimento se justifica pelo fato de serem possíveis, por meio da reclamação, a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que

⁷ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

(...)

§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

⁸ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 438-439.

⁹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 468.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 845.

pretendem ver preservadas a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte¹¹.

Pelo que foi apresentado até o momento, constata-se que o instituto da reclamação constitucional tem sua origem em uma criação jurisprudencial, fortemente influenciada pela teoria dos poderes implícitos. Trata-se, ainda, de uma medida de caráter jurisdicional que possui a natureza jurídica de uma ação e cujas normas de regência se encontram atualmente dispostas na Constituição Federal, no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do STF.

2 EFICÁCIA *ERGA OMNES*, EFEITO VINCULANTE E HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO STF

Como já mencionado, o instituto da reclamação constitucional, nos termos em que dispõe o art. 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição se destina a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões, quando proferidas com efeitos vinculantes ou prolatadas nos casos concretos. Cumpre-se, entretanto, ressaltar que, para os fins do presente artigo, as respectivas análises e considerações estarão centradas nos aspectos relativos à garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, entende-se necessário, preliminarmente, tecer-se algumas considerações acerca do papel exercido pelo STF no controle de constitucionalidade, com destaque especial para o controle concentrado e sua forma de incidência no ordenamento jurídico.

Conforme dispõe o art. 102, § 2º, da Constituição Federal¹², bem como o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999¹³, as decisões declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade produzem efeitos *erga omnes*. A

¹¹ Ibid., p. 845.

¹² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

¹³ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

(...)

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

esse respeito, deve-se pontuar que o mesmo entendimento acerca de tal “eficácia *erga omnes*” é frequentemente reconhecido pela jurisprudência.

Ressalta-se ainda que, além da eficácia contra todos, o referido dispositivo constitucional (art. 102, § 2º) concede efeito vinculante às decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”¹⁴.

Ao discorrer sobre o conceito de efeito vinculante, Gilmar Ferreira Mendes nos chama a atenção para o fato de que a lei nº 9.868/1999, em seu art. 28, parágrafo único,

conferiu tratamento uniforme e coerente à matéria, prevendo que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal¹⁵.

Com respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, Gilmar Ferreira Mendes¹⁶ destaca que, basicamente, são vinculantes as decisões capazes de transitar em julgado, de modo que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante diz respeito ao momento da decisão, não alcançando, portanto, eventuais alterações posteriores. Ressalta ainda que, conforme esposado pelo Tribunal Constitucional alemão e pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o efeito vinculante não se limita à parte dispositiva da decisão, estendendo-se igualmente aos fundamentos determinantes de tal decisão, ou seja, por meio do efeito vinculante outorga-se à decisão do STF uma amplitude transcendente ao caso concreto, fazendo com que os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante observem não apenas a parte dispositiva da decisão, mas também a norma abstrata que dela se extrai.

Já em relação à dimensão subjetiva do efeito vinculante, entende-se que a expressão “demais órgãos do Poder Judiciário”, disposta no texto constitucional e repetida pela Lei nº 9.868/99, implica em se excluir, do ponto de vista estritamente material,

uma autovinculação do STF aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa imanente aos órgãos de jurisdição constitucional¹⁷.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1369.

¹⁵ *Ibid.*, p. 1376.

¹⁶ *Ibid.*, p. 1377-1380.

¹⁷ *Ibid.*, p. 1381.

Destaca-se, ainda, que ao se entender que o efeito vinculante é uma decorrência da natureza da jurisdição constitucional vigente em um Estado Democrático e, por conseguinte, ao STF é dada a função de guardião da Constituição, deve-se admitir que tanto o legislador ordinário como o próprio STF, possam estender tal proteção processual especial às demais decisões e controvérsias constitucionais analisadas no âmbito da Corte¹⁸.

Desse modo, conclui-se que o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, torna evidente que a interpretação conferida pela Corte possui aplicação genérica e obrigatória para o Judiciário e a Administração Pública.

Portanto, nas palavras de Fábio Lima Quintas,

a decisão do Tribunal passa a integrar, de certa forma, o ordenamento jurídico como norma geral e abstrata e, nessa medida, passa a interagir com todo o ordenamento jurídico. Indo além, o efeito vinculante dessas decisões estabelece determinado contexto normativo para a interpretação, bloqueando em certa medida o processo interpretativo da Administração Pública, dos juízes e dos Tribunais¹⁹.

Conforme já mencionado, a reclamação constitucional tem por fim (i) preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou (ii) garantir a autoridade de suas decisões. Desse modo, a identificação das hipóteses de seu cabimento se revela de extrema relevância para o adequado manejo do instituto no exercício da jurisdição constitucional.

No tocante a preservação da competência do STF, o cabimento da reclamação constitucional emerge no momento em que se verifica uma eventual usurpação dessa competência. Nesse sentido, a partir de uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se, por exemplo, que prevalece o entendimento no sentido de se considerar como ilegítimo o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelos Tribunais de Justiça estaduais, quando fundado em disposições da Constituição Federal. Inserem-se nesse contexto os instrumentos da ação civil pública e da ação popular quando utilizadas com o exclusivo propósito de obtenção de uma declaração de inconstitucionalidade de determinada lei²⁰. Entretanto, como já ressaltado anteriormente, deixaremos de tecer maiores considerações acerca desta hipótese de cabimento, por não apresentar aderência às finalidades do presente artigo.

Por sua vez, quando destinada a assegurar a autoridade das decisões do STF é que o instituto da reclamação constitucional tem demonstrando suas

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 865.

¹⁹ QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 202.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 846-855.

diversas possibilidades, conforme se depreende, em especial, da análise da jurisprudência do Tribunal.

Constata-se que o STF tem se utilizado da reclamação, seja para assegurar a eficácia das decisões tomadas em *habeas corpus*, como no caso da Rcl 430²¹, em que se admitiu a possibilidade de que *habeas corpus* impetrado com fundamento no descumprimento de decisão proferida pela Corte, fosse convertido em reclamação, ou garantindo a autoridade da decisão proferida pelo Tribunal em recurso extraordinário, como no caso da Rcl 1.865²², na qual se alegava que, uma vez cassado os efeitos da segurança concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, os impetrantes apresentaram novo pedido com a mesma causa de pedir do RE 216.647^{23 24}.

Tratando-se de decisão de mérito, proferida em sede de controle abstrato de normas, via ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC), em que pese o entendimento anterior da Corte no sentido da inadmissibilidade da utilização do instituto da reclamação, conforme se depreende da análise de manifestações nesse sentido²⁵, verifica-se a posterior superação daquele entendimento de forma a se admitir, hodiernamente, o cabimento do instituto em sede de ambas as ações como adiante será demonstrado.

Deve-se destacar que, em um primeiro momento, tal admissão foi condicionada a que o ajuizamento da reclamação se desse por meio de quaisquer dos legitimados para a propositura da ADI e que se tratasse do mesmo objeto. Já em um momento seguinte, revisou-se o posicionamento anterior, passando-se a admitir o uso da reclamação como meio legítimo para se combater afrontas às decisões do STF, em sede de controle concentrado, conforme se pode depreender da análise da decisão adotada pelo Tribunal na Rcl 397/QO-MC²⁶.

²¹ Rcl 430/PI, de Relatoria do Min. Celso de Mello, DJ 20.08.1993.

²² Rcl 1.865, de Relatoria do Min. Carlos Britto, DJ 16.12.2005.

²³ RE 216.647-PI, de Relatoria do Min. Ilmar Galvão, DJ 28.08.1998.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 855.

²⁵ Rcl/AgR 354, de relatoria do Min. Celso de Mello:

“Agravo regimental – Reclamação que busca garantir a autoridade de decisão tomada em processo de controle concentrado de constitucionalidade – Inadmissibilidade – Recurso improvido. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido do não cabimento de reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, dada a natureza eminentemente objetiva do processo de ação direta – Precedentes da Corte”. DJU 28.6.1991.

²⁶ Rcl 397/QO-MC, de relatoria do Min. Celso de Mello:

“Reclamação – Garantia da autoridade de decisão proferida pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade – Excepcionalidade de seu cabimento – Ausência de legitimidade ativa – Pedido não conhecido.

(...)

A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rcl n. 354, rel. Min. Celso de Mello). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atenuie o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns Tribunais judiciais

Em tal julgado, realizado em 25.11.1992, o relator Ministro Celso de Mello, ressaltando a necessidade de uma revisão jurisprudencial no tocante ao não cabimento da reclamação em sede de controle concentrado, acabou por viabilizar a admissão do uso do instituto no enfrentamento ao descumprimento de decisões do Tribunal, também no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade²⁷.

Outro destaque na evolução do uso da reclamação no controle concentrado de constitucionalidade, foi verificado no julgamento da Rcl 399, em 07.10.1993, no qual se reconheceu o cabimento da reclamação para se combater a prática de ato concreto fundado em norma declarada inconstitucional, no caso de tal prática vier a ser adotada pelo mesmo responsável pela edição da norma²⁸, conforme se depreende da leitura da ementa a seguir reproduzida:

Reclamação – Hipótese de admissibilidade e procedência para salvaguarda da autoridade de decisão cautelar ou definitiva em ação de inconstitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal admite a reclamação, para assegurar a autoridade de suas decisões positivas em ação direta de inconstitucionalidade, quando o mesmo órgão de que emanara a norma declarada inconstitucional persiste na prática de atos concretos que lhe pressuporiam a validade (cf. Rcl ns. 389, 390 e 393) (...) ²⁹.

A instituição da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993, foi acompanhada por expressa previsão do uso da reclamação constitucional como forma de preservar a autoridade das decisões do STF, em se tratando de decisões de mérito proferidas em sede de ação declaratória.

Em que pese o reconhecimento, ainda por certo tempo, da existência de controvérsias no tocante ao cabimento da reclamação no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acabou por superar tais controvérsias ao instituir que

as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal³⁰.

às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo STF em ações diretas de inconstitucionalidade.

A expressão ‘parte interessada’, constante da Lei n. 8.038/1990, embora assuma conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, deverá, no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativa ou passivamente legitimados à sua instauração (CF, art. 103). (...)”

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 856-857.

²⁸ Ibid., p. 857-858.

²⁹ Rcl 399, de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.3.1995.

³⁰ Redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004 ao art. 102, § 2º, da CF de 1988.

Cumpre-se ainda registrar que, a partir do julgamento da Rcl 3.014³¹, firmou-se o entendimento acerca da possibilidade do STF analisar, no âmbito da reclamação, a constitucionalidade de lei de teor idêntico ou semelhante à lei que foi objeto de controle abstrato de constitucionalidade perante o Tribunal, mesmo que este não venha emprestar eficácia transcendente a tal decisão prolatada no controle abstrato³².

Outra hipótese de cabimento da reclamação constitucional, com vistas a preservar a autoridade de decisão do STF, diz respeito a medida cautelar concedida tanto na ação declaratória de constitucionalidade quanto na ação direta de inconstitucionalidade.

A previsão da concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade decorre de uma previsão constitucional (Art. 102, inciso I, alínea “p”)³³ e, em vista da natureza objetiva do processo, implica em que tal decisão concedendo a cautelar pleiteada produza eficácia em relação a todos. Por sua vez, ao admitir-se que a ação declaratória de constitucionalidade se configura em uma “ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado”³⁴, detendo ambas um caráter dúplice e ambivalente, tende-se a reconhecer que as consequências e os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade devem ser os mesmos já reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade³⁵.

Nesse mesmo sentido, cumpre-se ressaltar que o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, cuja constitucionalidade foi inclusive reconhecida pelo STF, na Rcl/AgR-QO 1.880³⁶, dispõe que

a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Após a aparente superação dos óbices que inadmitiam o uso do instituto da reclamação em sede de controle concentrado, nossas considerações se voltam, a partir de agora, para a ampliação da utilização de tal instituto no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.

Nesse sentido, verifica-se que as disposições da Lei nº 9.882/1999, ao estender o reconhecimento do efeito vinculante aos demais órgãos do Poder

³¹ Rcl 3.014, de Relatoria do Min. Ayres Brito, *DJE* 21.05.2010.

³² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 862.

³³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 864.

³⁵ *Ibid.*, p. 862-865.

³⁶ Rel. Min. Maurício Corrêa, sessão de 7.11.2002, *DJ* 19-03-2004.

Público, deixa claro que a decisão de mérito proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) será dotada de efeito vinculante, sendo, portanto, cabível o uso da reclamação constitucional para assegurar a autoridade da decisão prolatada pelo STF em tal julgamento.

Deve-se ainda ressaltar que o efeito vinculante da decisão, proferida em sede de ADPF, não depende de uma regra expressamente prevista na Constituição, pois se trata, na verdade, de mera consequência da jurisdição constitucional³⁷.

Por sua vez, conforme já destacado com respeito à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade, a não observância do caráter vinculante de medida cautelar concedida no âmbito de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, também se apresenta como hipótese de cabimento para a proposição de reclamação com fundamento no art. 13, da Lei nº 9.882/1999, bem como no art. 988, inciso III, do Código de Processo Civil.

No tocante as decisões proferidas em sede dos mandados de injunção, previamente a análise acerca do eventual cabimento da reclamação constitucional, faz-se necessário analisar-se a existência de possíveis efeitos advindos de decisões proferidas em tal contexto que extrapolem os limites subjetivos do processo³⁸.

Nesse sentido, ressalta-se que inobstante o fato do art. 9º, caput, da Lei n. 13.300/2016, estabelecer que “a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”, segundo Fábio Lima Quintas

os efeitos subjetivos poderão ser ampliados pelo Tribunal para alcançar toda a coletividade (eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*), “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração” (§ 1º do art. 9º). Se o Tribunal não confere efeitos *erga omnes* a sua decisão, a Lei n. 13.300 admite que os Relatores decidam monocraticamente casos análogos³⁹.

Na esfera temporal, por sua vez, conforme dispõe o art. 11, da Lei nº 13.300/2016⁴⁰, “a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável”.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 867.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1393.

³⁹ QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 223.

⁴⁰ Art. 11. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

Portanto, em que pese a decisão proferida em mandado de injunção ser, em regra, dotada de caráter subjetivo, poderá também contemplar uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, de modo a que seus efeitos possam atingir todas aquelas situações que demandem a concretização de uma omissão, seja de âmbito legal ou mesmo de mera conduta, por parte do Poder Público⁴¹. Neste caso, o eventual descumprimento da decisão proferida, evidenciar-se-á como hipótese de cabimento para a proposição da reclamação constitucional com vistas a seu enfrentamento.

Com respeito ao cabimento da reclamação constitucional no combate a eventuais decisões, proferidas em âmbito administrativo ou judicial, que contrariem súmula vinculante ou que indevidamente a apliquem, nos termos em que dispõe o art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal⁴², inexistem controvérsias.

É fato, inclusive, que o atual modelo constitucional brasileiro, ao admitir o uso da reclamação contra ato da Administração que contrarie súmula vinculante, adotou uma prática considerada inovadora, pois a utilização da reclamação constitucional contra demais atos judiciais dotados de efeito vinculante, em processos objetivos, já era comumente verificada⁴³.

Ressalva-se, entretanto, que a efetividade da adoção da súmula vinculante no âmbito da Administração Pública depende da promulgação de normas de organização e procedimento administrativo adequados, que permitam assegurar que as questões eventualmente suscitadas possam ser solucionadas dentro dos limites da própria esfera da Administração, sem o risco de ocorrência de uma sobrecarga de reclamações sobre o Supremo Tribunal Federal⁴⁴.

Em se tratando do controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos exercido pelo próprio STF, em razão da competência que também lhe é atribuída, deve-se destacar, conforme já mencionado, a nova modalidade de reclamação estabelecida pelo atual Código de Processo Civil (art. 988, § 5º, inciso II), a qual não dispõe de previsão equivalente no texto constitucional e se destina, sobretudo, a garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1393.

⁴² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

(...)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 872.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 872.

com repercussão geral reconhecida ou de recursos extraordinários ou especial repetitivos, desde que haja o prévio esgotamento das instâncias ordinárias.

Nesse sentido, deve-se primeiramente lembrar que o instituto da repercussão geral nada mais é que um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que possibilita ao Tribunal selecionar os recursos extraordinários que irá analisar, com fundamento em critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Assim sendo, em que pese o § 3º do artigo 102 da Constituição⁴⁵ dispor acerca da competência exclusiva do STF para emitir juízo sobre a existência ou falta de repercussão geral, conforme o caso concreto, cabe à Justiça e ao Tribunal de origem verificarem, nos limites de suas competências, os aspectos formais da repercussão geral, bem como, eventualmente, negar seguimento àquele recurso extraordinário que, nos termos do art. 1.030, inciso I, alínea “a”⁴⁶, trate de questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou ao recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral.

Analisando-se os citados dispositivos do Código de Processo Civil, percebe-se que as decisões proferidas pelo STF, em sede de repercussão geral, possuem uma eficácia vinculativa dos demais tribunais, de modo que a nova reclamação, nos termos ora estabelecidos pelo CPC, mesmo destituída de status constitucional, apresenta-se como a ação adequada para o exercício da garantia da autoridade das referidas decisões, após o exaurimento das instâncias ordinárias.

Nesse contexto, impõe-se reconhecer que a jurisprudência do STF vem assumindo um papel de fundamental relevância, dado que suas decisões, seja no âmbito do controle concentrado ou no âmbito do controle incidental ou concreto de constitucionalidade das normas, ultrapassam os limites da própria Corte para

⁴⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁴⁶ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

I – negar seguimento: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016)

direcionar o processo decisório de outros órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta em todas as esferas da Federação.

Por fim, ainda em se tratando das hipóteses de cabimento da reclamação, tendo como paradigma decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF, cumpre-se tecer algumas considerações acerca dos casos da suspensão da execução de uma lei pelo Senado.

A esse respeito, deve-se inicialmente reconhecer que a Constituição de 1988 alterou significativamente o sistema de controle de constitucionalidade, fazendo com que as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade se tornassem frequentes, tal como aconteceu com a exigência de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão da lei pelo Senado Federal.

Ao se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de um modo geral e, em particular, com especial atenção ao Acórdão prolatado no RE 190.728, verifica-se que, por razões de ordem prática, tanto a jurisprudência quanto a legislação têm se utilizado de construções que retiram do instituto da “suspensão da execução da lei pelo Senado Federal” seu significado substancial no que se refere a decisão proferida no caso concreto. Desse modo, verifica-se que as decisões proferidas pela Corte, em sede de controle incidental, têm se caracterizado por transcender o âmbito da decisão, de modo a evidenciar que o próprio Tribunal tem feito uma releitura do texto constante do art. 52, inciso X, da Constituição Federal^{47 48}.

Constata-se, ainda, que por meio dessa nova compreensão conferida ao disposto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, tem sido possível ao Tribunal reconhecer efeitos gerais às decisões prolatadas no âmbito do controle incidental, independentemente da intervenção do Senado, indicando que o respectivo instituto sofreu uma marcante reinterpretação com o advento da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, há o entendimento, de parte da doutrina, de que a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal possui um caráter de mera publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, permitindo-se concluir que a eventual não publicação da resolução pelo Senado, suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, nos termos em que dispõe o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, não implicará em que a decisão prolatada pela Corte deixe de produzir sua plena eficácia jurídica⁴⁹.

Portanto, considerando-se reconhecido, de imediato, o efeito *erga omnes* e vinculante da decisão prolatada pelo Tribunal no âmbito do controle

⁴⁷ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 874-875.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 876-878.

incidental, o eventual desrespeito da autoridade dessa decisão, emerge como mais uma das hipóteses de cabimento para a proposição da reclamação constitucional.

Em vista das referidas hipóteses para o seu cabimento, disciplinadas tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, com destaque para o Código de Processo Civil, deve-se reconhecer que a reclamação é o remédio jurídico processual adequado ao enfrentamento de quaisquer atos que afrontem, com particular gravidade, disposições constitucionais que versem a respeito das competências do Supremo Tribunal Federal ou mesmo, sobretudo, a autoridade de suas decisões.

3 OS JULGADOS REFERENTES À RECLAMAÇÃO Nº 4.374-PE E À MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO Nº 25.236-SP

Serão apresentados, a seguir, alguns dos aspectos mais relevantes dos julgados referentes à Reclamação nº 4.374 e à Medida Cautelar na Reclamação 25.236, com destaque especial para os aspectos relativos aos atos contra os quais elas se insurgiram, as decisões paradigma consideradas, as decisões proferidas pelo STF nas próprias reclamações e que evidenciam a superação de precedentes jurisprudenciais anteriormente fixados, bem como as tramitações dos respectivos processos.

3.1 A RECLAMAÇÃO Nº 4.374-PE

Ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a Reclamação nº 4.374 atacava decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco que concedeu, ao interessado, o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal⁵⁰.

Segundo a alegação do reclamante, teria havido violação à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.232/DF, que declarou a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/1993⁵¹, que estabelece critérios para concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal. Ou seja, alegava-se que a decisão reclamada deixou de aplicar o requisito legal expressamente definido no dispositivo citado.

⁵⁰ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

⁵¹ Art. 20. (...)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Assim, desconsiderando a incidência do referido dispositivo legal no caso sob análise, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais teria desrespeitado a autoridade da decisão do STF na ADI nº 1.232/DF, tornando cabível a proposição da presente reclamação.

A Lei nº 8.742, de 07.12.1993, denominada Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), em seu propósito de regulamentar o art. 203, inciso V, da Constituição Federal, definiu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não dispor de meios para o provimento de sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua própria família.

Se por um lado a aplicação do primeiro critério não resultou em grandes polêmicas, pois diz respeito aos requisitos objetivos para que a pessoa seja considerada portadora de deficiência ou idosa, já dispostos na própria lei e que foram posteriormente atualizados nos termos do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), de outro lado, a aplicação do critério relativo à comprovação da incapacidade da família para prover a manutenção do deficiente ou idoso, nos termos em que dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, encontrou importantes obstáculos dada a heterogeneidade e complexidade dos casos concretos, pois, na prática, tal requisito financeiro fazia com que muitas vezes situações de efetiva miserabilidade social acabassem não sendo alcançadas pelo benefício assistencial estabelecido constitucionalmente.

Tal contexto ensejou o ajuizamento, pelo Procurador-Geral da República, acolhendo representação do Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, da ADI 1.232/DF (paradigma da reclamação ora sob análise) objetivando a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993, pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer da lavra da então Subprocuradora-Geral da República, Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, manifestou-se no sentido de que, se de um lado o dispositivo da Lei 8.742/1993 se limitava a estabelecer uma presunção *juris et de jure*, que dispensava qualquer tipo de comprovação da necessidade assistencial quando a renda familiar *per capita* fosse inferior a ¼ do salário mínimo, de outro lado, não excluía a possibilidade de em se comprovando, no caso concreto, a efetiva falta de meios para que o deficiente ou o idoso pudesse prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, houvesse a concessão do benefício assistencial, mesmo que não atendido o requisito anterior de renda *per capita* familiar igual ou superior a ¼ do salário mínimo.

Em que pese o então relator, Ministro Ilmar Galvão, ter acolhido em seu voto a proposta apresentada pelo Ministério Público, a maioria da Corte, seguindo o voto divergente do Ministro Nelson Jobim, relator do Acórdão, considerou que o § 3º do art. 20 da LOAS prevê um critério objetivo que não se apresenta incompatível com a Constituição, de modo que a eventual necessidade de criação de outros requisitos para a concessão do benefício em questão seria

caso de posterior avaliação pelo legislador. Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232/DF foi julgada improcedente, sendo, por conseguinte, declarada a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 (LOAS), conforme Acórdão publicado no Diário da Justiça de 01.06.2001 e nos termos da ementa reproduzida a seguir:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Voltando a reclamação em comento, conforme já mencionado, o INSS argumentou que a decisão preferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco, ao afastar a incidência do referido dispositivo legal, cuja declaração de constitucionalidade se verificou no julgamento da ADI 1.232/DF, terminou por desrespeitar a autoridade da decisão do STF, impondo-se, portanto, a cassação de tal decisão.

A Corte, em Sessão Plenária realizada no dia 18.04.2013, por maioria de votos, conheceu da reclamação, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente), e também por maioria, julgou improcedente a reclamação, vencido o Ministro Teori Zavascki, que a julgava procedente.

Em seu voto condutor da decisão de improcedência da reclamação, o relator da ação, Ministro Gilmar Mendes, ressaltou no início de sua fundamentação que a mudança do posicionamento do Tribunal ocorreu de forma paulatina, dado que se verificou ao longo de diversas decisões, iniciando-se a partir do ano de 2006, com a adoção, pela Corte, de soluções por vezes fundadas em “subterfúgios processuais⁵²” para o não conhecimento das reclamações, diante da impossibilidade imediata de modificação do entendimento fixado na ADI 1.232 e nas Reclamações 2.303 e 3.323. Nesse sentido, chamou a atenção para o posicionamento da Ministra Cármen Lúcia, que, ao prolatar a decisão que julgou improcedente a Reclamação 3.805/SP, em 18.10.2006, considerou que a decisão que avalia as circunstâncias específicas do caso concreto para deferir o benefício assistencial, não afronta a decisão do Supremo Tribunal Federal, mas sim afirma o princípio da dignidade humana e, por conseguinte, a Constituição Federal.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.374. Relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Brasília, DF, 18/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 27/05/2017, p. 14.

A seguir, são reproduzidos alguns trechos do voto da lavra da Ministra Cármen Lúcia que bem elucidam seu entendimento acerca da questão:

A constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social ‘a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social’, tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. (...). Quer o INSS, ora Reclamante, se considere ser definição do benefício concedido pela sentença reclamada incompatível com o quanto decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. Não é o que se tem no caso. Também afirma que haveria incompatibilidade entre aquela decisão e a norma do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93. Afirmo: e a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à mingua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República)⁵³

Após a referência ao voto da Ministra Cármen Lúcia e a outro de sua própria lavra prolatado na mesma reclamação, o relator, Ministro Gilmar Mendes, conclui que, na verdade, teria se verificado uma omissão inconstitucional no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993, o qual passou por um “processo de inconstitucionalização”⁵⁴. De modo que, a seu ver, a norma parâmetro teria passado por uma “mutação constitucional”⁵⁵, a partir do momento que se passou a exigir, do benefício assistencial, uma efetiva tutela do direito fundamental à dignidade humana, nos termos de sua previsão constitucional.

Adentrando na substância de seu voto, para tratar da revisão da decisão proferida na ADI 1.232 em sede de reclamação, o relator ressalta, como primeira questão a ser enfrentada, a possibilidade de se revisar, no julgamento da reclamação, a decisão que figura como parâmetro da própria reclamação.

A esse respeito, destaca que toda reclamação possui uma causa de pedir que, em se tratando de uma violação de uma decisão ou de uma súmula vinculante é inevitável que a reclamação se transforme em uma típica ação constitucional que tenha o propósito de dar proteção à ordem constitucional.

⁵³ Ibid., p. 16-17.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.374. Relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Brasília, DF, 18/04/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 27/05/2017, p. 20.

⁵⁵ Ibid., p. 25.

Acerca da possibilidade de discussão da evolução de entendimento no âmbito do controle de constitucionalidade em sede de reclamação, o relator faz referência a diversos precedentes da própria Corte, nos quais foram realizados ajustes de decisões prolatadas em controle concentrado, não só por meio do instrumento da reclamação, como também mediante recurso extraordinário e mandado de segurança⁵⁶.

Ao destacar que os precedentes citados não esgotam o universo de casos em que se verifica uma atividade típica do julgamento da reclamação, o relator ressalta que a reinterpretação e a redefinição do alcance e do conteúdo da decisão-paradigma, somente é possível diante da inerente possibilidade hermenêutica de se dar nova interpretação não só à norma objeto do controle de constitucionalidade, mas também à própria Constituição. Ainda a esse respeito, salienta que:

O “balançar de olhos” (expressão cunhada por Karl Engisch) entre a norma e o fato, que permeia o processo hermenêutico em torno do direito, fornece uma boa metáfora para a compreensão do raciocínio desenvolvido no julgamento de uma reclamação. Assim como no processo hermenêutico o juízo de comparação e subsunção entre norma e fato leva, invariavelmente, à constante reinterpretação da norma, na reclamação o juízo de confronto e de adequação entre objeto (ato impugnado) e parâmetro (decisão do STF tida por violada) implica a redefinição do conteúdo e do alcance do parâmetro. É por meio da reclamação, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de *mudança constitucional* e de *inconstitucionalização de normas* (*des Prozess des Verfassungswidrigwerdens*), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão⁵⁷.

Em vista das considerações apresentadas, o Ministro conclui que a reinterpretação da decisão originalmente proferida em sede do controle concentrado é viável, inclusive por meio da reclamação, ao tempo que reconhece também a possibilidade de o Tribunal vir a superar sua própria decisão. Ressalva, no entanto, que se trata de uma excepcionalidade a ser

⁵⁶ São citados pelo relator, dentre outros, os seguintes casos: 1) “MS Nº 20.505/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 08.11.1991, no qual se assevera que, posta uma questão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo da qual dependa o julgamento da causa, a Corte não pode se furtar ao exame desse questão”; 2) “A definição de ‘atividade jurídica’ pela ADI 3.460, que ficou mais bem definida na RCL 4.906, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE de 11.04.2008, e a RCL 4.939, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 11.04.2008”; 3) “Rcl 1.525, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 03.02.2006, na qual o Tribunal delimitou o alcance da decisão proferida na ADI 1.662, especificamente sobre a amplitude do significado de “preterição” de precatórios para fins de sequestro de verbas públicas”.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.374. Relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Brasília, DF, 18/04/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 27/05/2017, p. 24-25.

verificada somente “no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”⁵⁸.

Referindo-se aos ensinamentos de Liebman, e Savigny, o Ministro aponta a existência da cláusula *rebus sic stantibus* em toda decisão proferida em juízo, de modo que alterações posteriores que afetem a realidade normativa ou provoquem “eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidade superveniente*)”⁵⁹. Assim, conclui que “a oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede controle abstrato tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações”⁶⁰

Com respeito ao processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 (LOAS), o relator ressalta que hoje se deve reconhecer a inconstitucionalidade superveniente do próprio critério definido na lei, uma vez que se trata de uma inconstitucionalidade que é fruto de um

processo de inconstitucionalização decorrente de significativas mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)

⁶¹.

Ao final, o relator conclui seu voto propondo que no bojo da presente reclamação, a qual julga improcedente, revise-se a decisão proferida anteriormente na ADI 1.232 no sentido de declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 (LOAS), sem pronúncia da nulidade, de forma a manter-se a sua vigência até o dia 31.12.2014, sendo tal proposta acolhida em sua integralidade pelo plenário.

3.2 A MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO Nº 25.236-SP

Trata-se, a presente, de reclamação ajuizada com fundamento nas disposições do art. 988, § 5º, inciso II, do Código de Processo Civil, proposta pelo Defensor Público-Geral Federal, com pedido liminar, tendo por fim atacar decisão da Vice-Presidência do TRF da 2ª Região que negou trâmite a recurso extraordinário, com base no tema 134⁶², relativo a repercussão geral, e na Súmula 279⁶³ do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁸ Ibid., p. 27.

⁵⁹ Ibid., p. 27.

⁶⁰ Ibid., p. 28.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 4.374*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Brasília, DF, 18/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 27/05/2017, p. 38.

⁶² Tema 134 - Direito a honorários advocatícios quando a Defensoria Pública Estadual representa vencedor em demanda ajuizada contra o Estado ao qual é vinculada.

⁶³ Súmula 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Alegando a inaplicabilidade da Súmula 279, a reclamante, representada pela Defensoria Pública da União, opõe-se a decisão que inadmitiu, na origem, Recurso Extraordinário interposto. Defende, ainda, ser necessário a revisão do tema 134 da repercussão geral, cujo paradigma foi julgado em 06.11.2008, data esta anterior as alterações impostas pelas Emendas Constitucionais nºs 74/2013 e 80/2014, que concederam autonomia administrativa e orçamentária às Defensorias Públicas. Adicionalmente, apoiada na necessidade de revisão do tema 134, pleiteia a concessão de medida cautelar.

O relator, Ministro Roberto Barroso, em sua decisão acerca do pedido liminar, inicia suas considerações ressaltando que a matéria discutida no feito que ensejou a presente reclamação, já foi objeto de anterior apreciação por parte do STF, em sede de recurso extraordinário (RE 592.730), no qual, embora se tenha havido o reconhecimento do caráter constitucional da controvérsia, por não se reconhecer sua relevância jurídica, econômica, social e política, teve sua repercussão geral negada, nos termos do Acórdão emendado pelo relator Ministro Menezes Direito, conforme ora se reproduz:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, DEFENSORIA PÚBLICA
REPRESENTANDO LITIGANTE VENCEDOR EM DEMANDA
AJUIZADA CONTRA O PRÓPRIO ESTADO AO QUAL O REFERIDO
ÓRGÃO ESTÁ VINCULADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
CONDENAÇÃO INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO
GERAL.

A seguir, ao destacar que a aprovação da Súmula 421, pela Corte Especial do STJ, fundada em precedentes que aplicaram à hipótese o instituto civil da confusão e com o seguinte teor: “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”, evidencia um quadro que, inobstante o reconhecimento do caráter constitucional da controvérsia, acaba por impedir a subida de novos recursos extraordinários sobre o tema, o relator defende a necessidade de viabilização da revisão da tese, com o propósito de não se engessar a jurisprudência frente a novas necessidades ou de mudanças de perspectivas decorrentes do passar do tempo.

Nesse sentido, como motivos que o fazem defender a necessidade de revisão da jurisprudência, o Ministro destaca que após o julgamento do RE 592.730, em 06.11.2008, tanto o papel institucional da Defensoria Pública quanto sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária foram reforçados pelas Emendas Constitucionais nº 74/2013 e 80/2014, que alteraram a redação do art. 134 da Constituição Federal⁶⁴, permitindo uma atuação de maior destaque da Defensoria, inclusive contra entes públicos e em ações coletivas.

⁶⁴ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na

Em sua defesa acerca da viabilidade de revisão da jurisprudência, o relator, Ministro Roberto Barroso, ressaltando que tal possibilidade em sede de reclamação não é novidade no âmbito da Corte, faz referência ao precedente relativo à Rcl 4.374, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e julgada em 18.04.2013, no qual foram revistas as conclusões alcançadas na ADI 1.232, de 17.08.1998⁶⁵.

Por fim, diante do objetivo de revisitar a questão tratada pelo tema 134 da repercussão geral, em 28.10.2016 o Ministro defere monocraticamente o pedido liminar, para suspender os efeitos da decisão que negou o trâmite do recurso extraordinário nos autos do processo nº 0000569-48.2013.4.02.5110, e determina a remessa dos autos ao STF.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme se verifica da análise dos julgados apresentados, não há dúvidas quanto ao acolhimento, pela jurisprudência do STF, da possibilidade de revisão de precedentes jurisprudenciais da Corte, por intermédio da reclamação constitucional.

Ressalta-se inclusive que, conforme afirmado pelo relator Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da Rcl 4.374, “a jurisprudência do STF está repleta de casos em que o Tribunal, ao julgar a reclamação, definiu ou redefiniu os lindes de sua própria decisão apontada como o parâmetro da reclamação”⁶⁶.

forma do [inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal](#). [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014\)](#)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. [\(Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013\)](#)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação nº 25.236*. Relator: Min. Roberto Barroso, Decisão monocrática, Brasília, DF, 28/10/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5054231>. Acesso em: 27/05/2017.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 4.374*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Brasília, DF, 18/04/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 27/05/2017. p. 23.

A esse mesmo respeito, Fredie Didier Júnior e Lucas Buril de Macedo⁶⁷, em artigo que trata da reclamação em comento, ressaltam o fato do relator relacionar em seu voto diversos precedentes da própria Corte, nos quais assevera que decisões proferidas em sede de controle concentrado vieram a sofrer algum tipo de ajuste posterior, seja em decorrência do julgamento de alguma reclamação ou por força de algum recurso extraordinário ou, até mesmo, de algum mandado de segurança.

Em que pese o reconhecimento de que não se trata de novidade a ocorrência de posteriores ajustes em decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo, cumpre-se ressaltar a originalidade e amplitude da decisão prolatada na Rcl 4.374, ao admitir a desconstituição de um precedente emanado pela própria Corte em controle concentrado, por intermédio da reclamação constitucional, bem como ao indicar, nos fundamentos da decisão, a possibilidade de que tal superação possa se repetir sempre que o Tribunal venha a ser chamado a exercer sua atribuição de guardião da ordem constitucional, seja em sede do controle concentrado ou incidental de constitucionalidade.

Nesse sentido, inobstante as diversas decisões citadas pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, na reclamação em comento, dentre outras mais que indicariam, na jurisprudência do próprio STF, a possibilidade de definição ou redefinição dos limites de decisões anteriores por intermédio da reclamação, deve-se reconhecer que a decisão proferida na Rcl 4.374, em vista de sua já mencionada originalidade, instituiu um novo precedente no âmbito da Corte.

Em pesquisa jurisprudencial efetuada junto ao Supremo Tribunal Federal, adotando-se como base a data em que foi proferida a decisão na Rcl 4.374, a exceção da MC na Rcl 25.236, já referida neste mesmo trabalho, e da Rcl 21.409⁶⁸, na qual o relator Ministro Edson Fachin, embora vencido ao final por maioria dos votos dos Ministros da Primeira Turma que julgou a reclamação improcedente, ao fundamentar seu voto faz especial referência ao precedente instituído na Rcl 4.374, afirmando que “desde então, por diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar reclamações, redefiniu o alcance e o sentido de suas próprias decisões apontadas como parâmetros da reclamação”, não foram identificados outros casos que indicassem a ocorrência de relevante superação jurisprudencial, nos moldes da reclamação em comento.

Inobstante a constatação acima, deve-se ressaltar que a não identificação de outras decisões da expressão do precedente instituído na Rcl 4.374, a exceção da referida Rcl 25.236, não deve ser vista como uma razão relevante para se

⁶⁷ JÚNIOR, Fredie Didier; MACÊDO, Lucas Buril de. *Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 16, n. 110 (2015). p. 575.

⁶⁸ Rcl 21.409/RS, Relator Min. Edson Fachin, Redator do Acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 25.04.2016.

inadmitir que, por meio da reclamação constitucional, possa ser viabilizada a superação de precedentes jurisprudenciais no âmbito do STF.

Assim, ao entender-se que, conforme referido pelo relator na Rcl 4.374, a decisão que regula as relações jurídicas de caráter permanente e sucessivas, possuem em seu cerne uma cláusula *rebus sic stantibus*, cumpre-se reconhecer, como decorrência, a licitude da revisão de tal decisão sempre que se verifique ter havido modificação superveniente no estado fático e/ou jurídico.

Nesse sentido, ao tempo que se deve recordar que texto normativo e norma são conceitos distintos, ressalta-se que o texto é um elemento de extrema importância para a construção da norma. No entanto, deve-se ainda se atribuir grande importância ao contexto de aplicação da norma.

Desse modo, verifica-se que na relação permanente ou continuada de constitucionalidade, em que a relação da norma infraconstitucional e da norma constitucional se prolonga no tempo, é natural que alterações importantes nas esferas cultural, econômica, social ou jurídica possam ocorrer, de modo que, diante de tais circunstâncias, uma norma a qual foi atribuída um caráter de constitucionalidade em um determinado momento, poderá, em um momento seguinte, diante de um novo contexto, ter atribuída sobre si um caráter de inconstitucionalidade⁶⁹.

Cumpra-se ressaltar, entretanto, que mesmo se reconhecendo a adequação do uso da reclamação para o esclarecimento de modificações constitucionais relevantes, ressalva-se que dadas as características de nosso sistema de controle concentrado, que exclui do ordenamento jurídico uma norma decretada inconstitucional, somente se admite a possibilidade do posterior entendimento acerca da inconstitucionalidade de uma norma antes declarada constitucional, inadmitindo-se, por óbvio, a situação inversa.

Reportando-se ao já mencionado deslocamento da competência originária para o julgamento da reclamação, do Plenário da Corte para as suas Turmas, por força das alterações introduzidas pela Emenda Regimental nº 49, de 03.06.2014, cumpre-se registrar que a exceção da Rcl 4.374, cujo julgamento, em Sessão Plenária, ocorreu no dia 18.04.2013, portanto antes do início da vigência da referida alteração regimental, as demais decisões citadas no presente trabalho, relativas à Rcl 25.236 e à Rcl 21.409 foram proferidas, respectivamente, em 28.10.2016 e 23.02.2016, ou seja, após o início da vigência da referida alteração regimental.

Diante da referida alteração regimental e uma vez admitida a possibilidade de superação de um precedente jurisprudencial por intermédio da reclamação, emerge a seguinte questão: seria possível que no julgamento de uma reclamação, por um órgão fracionário, houvesse a revisão de um precedente estabelecido pelo Plenário da Corte?

⁶⁹ JÚNIOR, Fredie Didier; MACÊDO, Lucas Buril de. *Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 16, n. 110 (2015). p. 575.

Em princípio, a resposta a esta questão parece ser negativa, especialmente diante de casos nos quais, por meio da reclamação, busca-se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo cuja constitucionalidade houver sido anteriormente declarada pelo Tribunal. Ou seja, em tais hipóteses, entende-se cabível a aplicação das disposições do art. 11, do Regimento Interno do STF⁷⁰.

Assim, depreende-se necessário que, como regra geral para os casos em se pretenda alterar um precedente estabelecido pelo Plenário, o relator na Turma remeta a respectiva reclamação ao Plenário, a fim de que este possa julgá-la, não se admitindo, desse modo, que uma das Turmas possa desconstituir um precedente jurisprudencial estabelecido pelo Plenário da Corte.

Em artigo publicado sob o título “Reclamação Constitucional para a superação de precedentes”, Rodrigo Becker e Victor Trigueiro⁷¹, criticam as decisões firmadas na Rcl 4.374 e na MC na Rcl 25.236, que “terminaram por alterar o objetivo precípua da Reclamação Constitucional, qual seja: garantir a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”.

Segundo os referidos autores, o que se verificou nas decisões mencionadas foi exatamente o contrário do que seria o esperado, pois a reclamação acabou por servir justamente de instrumento para o reexame da decisão paradigma ao invés de servir para a revisão da decisão reclamada, que se afastou da decisão parâmetro.

Desse modo, entendem que a utilização da reclamação, para a desconstituição de um precedente que justificou sua própria admissibilidade, seria um desvirtuamento de sua função constitucional.

Em que pese a qualidade dos argumentos apresentados pelos autores citados, contrários a possibilidade de utilização da reclamação constitucional com vistas a desconstituição de precedentes, entende-se que tal posicionamento

⁷⁰ Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta:

i – quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento;
ii – quando, não obstante decidida pelo Plenário, a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame;
iii – quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula.

Parágrafo único. Poderá a Turma proceder da mesma forma, nos casos do art. 22, parágrafo único, quando não o houver feito o Relator.

(...)

Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário;
b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

⁷¹ BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. *Reclamação Constitucional para superação de precedentes*. Site: JOTA. Publicado em 08/12/2016. Disponível em: <https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/reclamacao-constitucional-para-superacao-de-precedentes-08122016>>. Acesso em: 20/02/2017.

deve ser relativizado, especialmente considerando que o instituto da reclamação é, na verdade, uma medida de caráter jurisdicional por meio da qual a jurisdição constitucional deve ser plenamente exercida.

Assim, do mesmo modo que se considera inadmissível a ocorrência de uma “autovinculação do STF aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, dado que poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa imanente aos órgãos de jurisdição constitucional”⁷², também não parece admissível que a Corte, quando do julgamento da reclamação constitucional, diante da constatação da ocorrência de “significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração nas concepções jurídicas dominantes”⁷³, seja cerceada em seu papel de interprete da constituição.

Portanto, entende-se que admitida a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, em decorrência da evolução de seu juízo hermenêutico, modificar jurisprudência já consolidada, inexistem razões para não se admitir também que, por meio deste mesmo juízo hermenêutico típico da reclamação, diante de fortes evidências verificadas quando da comparação do objeto com o parâmetro da reclamação, o Tribunal possa evoluir em sua interpretação no exercício do controle de constitucionalidade.

Adicionalmente, ao tempo que se deve reconhecer que as possibilidades e funções do instituto da reclamação constitucional são diversas e não se limitam a literalidade de suas previsões constitucionais, conforme ficou especialmente demonstrado no julgamento da Rcl 4.374, depreende-se que, por intermédio do instituto da reclamação, torna-se possível ao Supremo Tribunal Federal realizar um proveitoso diálogo com as instâncias ordinárias, em prol de sua percepção a respeito de modificações fáticas e jurídicas relevantes que apontem para a necessidade de uma evolução de sua interpretação no controle abstrato de normas⁷⁴.

Por fim, diante do reconhecimento de que a jurisdição constitucional, verificada em especial no âmbito da reclamação, tem como fim maior dar proteção a ordem jurídica como um todo, deve-se admitir que no juízo hermenêutico próprio da reclamação, o Supremo Tribunal Federal, em suas possibilidades de reinterpretação da Constituição, não fica restrito às hipóteses de nova delimitação do alcance das decisões prévias da própria Corte, podendo estendê-las inclusive à hipótese de superação total de uma decisão específica proferida pelo Tribunal, decorrente do pleno exercício de sua missão de

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1381.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 886.

⁷⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Possibilidades e funções da reclamação constitucional*. Site: Conjur – Observatório Constitucional. Publicado em 01/06/2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/observatorio-constitucional-alcance-funcoes-reclamacao-constitucional>>. Acesso em: 31/03/2017.

Guardião da Constituição⁷⁵, observando-se, especialmente nesta última hipótese, a essencialidade de se respeitar a competência do Plenário da Corte.

CONCLUSÃO

O interesse pelo tema ora desenvolvido no presente artigo, surgiu a partir da percepção de que inobstante a aparente inexistência de norma expressa que possibilite ao STF superar seus próprios precedentes, por intermédio do instituto da reclamação constitucional, em pesquisa jurisprudencial realizada junto à Corte, verificou-se, em especial, a ocorrência de casos da espécie nos julgados relativos à Reclamação 4.374-PE e à Medida Cautelar na Reclamação 25.236-SP.

Diante de tal contexto, conforme já mencionado no início deste artigo, surge a seguinte indagação: em que medida o instituto da reclamação constitucional, cuja moldura normativa se encontra expressa na Constituição Federal, no Regimento Interno do STF e no Código de Processo Civil, poderia ser utilizado, no âmbito do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo, como um meio para a superação de precedentes jurisprudenciais.

Com o intuito de se buscar uma resposta para esta questão, buscou-se realizar uma análise normativa e doutrinária acerca do instituto da reclamação constitucional, abrangendo desde sua origem, evolução e moldura normativa atual, até suas atuais hipóteses de cabimento, com a finalidade especial de confirmar a percepção inicial no sentido da ausência de disposição normativa expressa que autorize o Tribunal a rever seus próprios precedentes por intermédio de tal instituto.

Como resultado de tal análise, constatou-se que, de fato, a atual moldura normativa do instituto da reclamação constitucional não dispõe de expressa previsão acerca da possibilidade de sua utilização com vistas a superação de precedentes jurisprudenciais da própria Corte. Entretanto, do mesmo modo, verificou-se a inexistência de norma que, em sentido contrário, pudesse vedar expressamente a possibilidade de utilização do instituto da reclamação para a mesma finalidade.

Com respeito às hipóteses de cabimento da reclamação constitucional, a partir de uma pesquisa de caráter sobretudo doutrinária foram apontadas as diversas hipóteses de seu cabimento, com vistas a garantir a autoridade das decisões do STF, que possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Ao adentrar-se na análise dos referidos julgados, verificou-se, em especial no tocante à Reclamação 4.374-PE, a efetiva ocorrência da superação total de um precedente jurisprudencial da Corte, o qual havia sido constituído anteriormente em sede de controle abstrato de constitucionalidade. De modo

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 886-887.

que, por meio do referido julgamento, que acabou por instituir um novo precedente jurisprudencial, a Corte decidiu, incidentalmente, que a declaração de constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 (LOAS), proferida quando do julgamento da ADI 1.232, deveria ser revisada a fim de, a partir de então, declarar-se a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Do mesmo modo, verificou-se que no julgamento da Medida Cautelar na Reclamação 25.236-SP, o relator Ministro Roberto Barroso, em decisão monocrática, referiu-se ao precedente instituído no julgamento da Rcl 4.374, para amparar sua decisão concessiva de liminar no sentido de suspender os efeitos da decisão que negou o trâmite do recurso extraordinário em questão e determinou a remessa dos autos ao STF.

A seguir, foram apresentadas considerações, de natureza crítica, acerca da superação de precedentes no âmbito do STF, por meio das quais se concluiu que, inobstante eventuais posicionamentos contrários a possibilidade de utilização do instituto da reclamação com o propósito de desconstituir o precedente utilizado como paradigma e que justificou a proposição da própria reclamação, conforme o entendimento de parte expressiva da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é justamente no âmbito do juízo hermenêutico próprio do rito da reclamação que se deve admitir a possibilidade da superação de precedentes, observando-se, no entanto, o necessário respeito à competência do Plenário da Corte.

Por fim, ao tempo que se deve reconhecer a evolução do instituto da reclamação constitucional, partindo-se de sua origem jurisprudencial até sua atual conformação, incluindo suas hipóteses de cabimento tanto em sede do controle concentrado de normas, hoje pacificado, como também em sede do controle incidental, passando ainda pela constatação de que o efeito vinculante se estende aos fundamentos determinantes das decisões e que a nova modalidade de reclamação, recentemente instituída pelo CPC de 2015, possui um caráter eminentemente legal, com hipóteses próprias de cabimento, impõe-se admitir que a reclamação, na condição de uma ação constitucional voltada à garantia da autoridade das decisões e da competência do Supremo Tribunal Federal, tem se estabelecido como um relevante mecanismo de tutela da ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. **Reclamação Constitucional para superação de precedentes**. Site: JOTA. Publicado em 08/12/2016. Disponível em: <https://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/reclamacao-constitucional-para-superacao-de-precedentes-08122016>>. Acesso em: 20/02/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.374**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Brasília, DF, 18/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 27/05/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação nº 25.236**. Relator: Min. Roberto Barroso, Decisão monocrática, Brasília, DF, 28/10/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5054231>>. Acesso em: 27/05/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 21.409**. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Brasília, DF, 23/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10778453>>. Acesso em: 14/10/2017.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRAZ, Taís Schilling; FUCK, Luciano Felício. **NCPC e o fim da repercussão geral**. Site: JOTA. Publicado em 25/08/2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/ncpc-e-o-fim-da-repercussao-geral-25082015>>. Acesso em: 06/11/2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. **A reclamação como instrumento de controle da aplicação de precedentes do STF e do STJ: análise funcional, estrutural e crítica**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-160216/pt-br.php>>. Acesso em: 13 set. 2017.

JÚNIOR, Fredie Didier; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília. v. 16, n. 110 (2015).

LEMOS, Vinicius Silva. Os precedentes judiciais e suas técnicas de superação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito da ADVOCEF**:

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Brasília: ADVOCEF, v.9, n.21, nov.2015.

MACEDO, André Puppim. **Reclamação Constitucional – Instrumento de garantia da efetividade dos julgados e da preservação da competência do Supremo Tribunal Federal.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito da PUC-SP, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7701>>. Acesso em: 21 ago.2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 37. ed., ren., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. **Direito Público (Periódico).** Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 12, Abr./Jun.2006.

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

PACHÚ, Cláudia Oliveira. **Da Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, Ano 14, n.55, Abr./Jun.2006.

QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Saraiva, 2016.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Possibilidades e funções da reclamação constitucional.** Site: Conjur – Observatório Constitucional. Publicado em 01/06/2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/observatorio-constitucional-alcance-funcoes-reclamacao-constitucional>>. Acesso em: 31/03/2017.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016).** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE

COLLECTIVE GUARANTEE OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS AND CONSTITUTIONAL RIGHT OF FREEDOM

Clarissa Jahn Sturzbecher

SUMÁRIO

Introdução; 1. Recursos Especiais 1.110.549 e 1.353.801: o ajuizamento de ação coletiva deve suspender a tramitação das ações individuais?; 1.1 Argumentos vencedores; 1.2 Voto divergente; 1.3 Posicionamento firmado; 2. Direitos individuais homogêneos e tutela coletiva de direitos; 2.1 Direitos Individuais Homogêneos; 2.2 Tutela coletiva de direitos; 3. Direito constitucional à liberdade; 4. Análise jurisprudencial; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar de forma crítica a jurisprudência do STJ, à luz do direito constitucional de liberdade, na dimensão da autonomia da vontade. Investiga-se em que medida a suspensão de ofício dos processos individuais, que versam sobre direitos individuais homogêneos, ante a existência de ação coletiva, afeta a liberdade dos litigantes. Organiza-se em quatro tópicos: no primeiro, mapeia-se o posicionamento do STJ, analisando-se os Recursos Especiais n. 1.110.549 e 1.353.801; no segundo, apresenta-se o conceito de direito individual homogêneo, suas características, e a forma de se tutelar coletivamente esses direitos; o terceiro, dedica-se à definição e exposição de questões relevantes sobre o direito constitucional de liberdade, e sua vertente da autonomia individual; no quarto tópico, analisa-se de forma crítica do entendimento firmado pelo STJ.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela coletiva; Direito individual homogêneo; Suspensão de ações individuais; Macro-lide; Ação coletiva.

ABSTRACT

The present research paper aims to analyze critically the jurisprudence of the STJ, in the light of the constitutional right of freedom, in the dimension of the autonomy of the will. It is investigated to which extent the suspension of legal proceedings of individual cases - which deal with homogenous individual rights, in view of the existence of collective action - affects the freedom of parties. Also, this research is organized into four topics: in the first one, the STJ positioning is mapped, by analyzing Special Appeals n. 1.110.549 and 1.353.801; in the second, the concept of individual homogeneous rights, its characteristics, and the way of

collectively protecting these rights are presented; in the third, it is devoted to the definition and exposition of relevant questions about the constitutional right of freedom, and its aspect of individual autonomy; in the fourth topic, is analyzed in a critical way the STJ's understanding.

KEYWORDS: Collective guardianship; Homogeneous individual rights; Suspension of individual actions; Macro-lide; Collective action.

INTRODUÇÃO

Diante da transição dos estados do modelo econômico liberal para o de bem-estar social, ocorreu no mundo um movimento de ampliação ao acesso à justiça como meio de concretizar os novos direitos garantidos pelo Estado⁷⁶. Nesse cenário, surgem, inicialmente, mecanismos processuais para a tutela de direitos subjetivos de forma individual⁷⁷ e posteriormente, as ações coletivas, para tutelar direitos essencialmente coletivos: difusos e coletivos *stricto sensu*. Em seguida, acompanhando a evolução da garantia de acesso à justiça, surgem os mecanismos para a tutela coletiva de direitos individuais.

Pode-se observar que houve uma evolução histórica das ações coletivas, por meio de mudanças legislativas⁷⁸, sendo mais recentes as que permitem se pleitear coletivamente direitos individuais homogêneos. A ideia de favorecer ações coletivas, concomitantemente às ações individuais, é de aumentar o acesso à justiça, pacificar a jurisprudência, diminuir a

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988. p. 9.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988. p. 11.

⁷⁸ “Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países do civil law, a “revolução” mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva. Já na década de 70, a Lei 6.513, de 20.12.1977, introduziu significativa modificação no art. 1º da Lei da Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via da ação popular. Todavia, foi a Lei 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos. Essa Lei, conhecida como lei da ação civil pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressaltado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.

Com o advento da Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca da sua estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 225), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4.º) e à proteção do consumidor (art. 5.º, XXXII). A Carta Magna também elevou à estatura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos. Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5.º, LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais.” ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 30.

quantidade de processos sobre a mesma causa. Contudo, a despeito das boas intenções, a forma como a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos vem sendo entendida pelo Judiciário pode estar restringindo a tutela desses interesses.⁷⁹

Em 2009, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou, em sede de recurso repetitivo (REsp 1.110.549)⁸⁰, o entendimento de que é legal a suspensão de ofício das ações individuais, ainda na origem, quando ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, devendo os processos individuais aguardar o julgamento da ação coletiva. Processo de relatoria do ministro Sidnei Beneti teceu argumentação no sentido de que a suspensão dos processos individuais é legal com base em uma interpretação teleológica da legislação infraconstitucional, em especial do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Lei dos Recursos Repetitivos, que privilegia o acesso à justiça, a celeridade processual e a segurança jurídica. Defende que a faculdade de suspensão nos casos multitudinários abre-se ao juízo, não ao particular.⁸¹

Pretende-se neste trabalho, analisar de forma crítica o entendimento firmado pelo STJ à luz do direito constitucional de liberdade, na dimensão da autonomia da vontade. Dessa forma, a presente pesquisa investiga em que medida a suspensão de ofício dos processos individuais, que versam sobre direitos individuais homogêneos, ante a existência de ação coletiva, afeta a liberdade dos litigantes. Assume-se que a suspensão de ofício dos processos individuais ante à existência de ação coletiva restringiria o direito constitucional à liberdade.

A realização do presente trabalho iniciou-se com os estudos na área de processo constitucional, momento em que foi selecionado o objeto de pesquisa e compreendida sua abrangência. Em sequência, passou-se à revisão de literatura e jurisprudência, adotando-se o método lógico dedutivo, embasando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, com o objetivo de compreender de que forma a mudança jurisprudencial sobre a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos afeta o direito à liberdade. Além disso, a pesquisa bibliográfica foi feita por meio de livros, revistas e artigos jurídicos, além de análise e seleção da jurisprudência e das normas constitucionais e infraconstitucionais que envolvem o tema.

A análise jurisprudencial, por sua vez, tem papel relevante neste trabalho,

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 30-35.

⁸⁰ Em 2013, o entendimento foi confirmado, também em sede de repetitivo, no REsp 1.353.801.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, REsp 1.110.549/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJ de 14.12.2009.

considerando que a adoção de posicionamento do STJ quanto à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos deu origem ao objeto em estudo. Tal posicionamento foi definido tendo como base os argumentos elencados nos processos REsp 1.353.801 e REsp 1.110.549, que trataram o tema em sede de Recursos Repetitivos. O STF não se manifestou expressamente sobre a possibilidade de suspensão de ofício dos processos na origem ante a existência de ação coletiva, considerando se tratar de análise de mera legalidade, não havendo juízo de constitucionalidade. (ARE 738109 RG) ⁸²

A pesquisa foi desenvolvida a partir da seguinte estrutura: no primeiro tópico, analisaram-se os Recursos Especiais n. 1.110.549 e 1.353.801, visando mapear o posicionamento do STJ, expondo-se os argumentos que prevaleceram, os vencidos e o entendimento firmado; no segundo, apresentou-se o conceito de direito individual homogêneo, suas características, e suas diferenças em relação aos direitos difusos e aos coletivos *stricto sensu*, bem como a forma de se tutelar coletivamente esses direitos; o terceiro tópico, dedicou-se à definição e exposição de questões relevantes sobre o direito constitucional de liberdade, e sua vertente da autonomia individual; no quarto tópico, analisou-se de forma crítica o entendimento firmado pelo STJ, à luz do direito constitucional à liberdade, na dimensão da autonomia da vontade.

1. RECURSOS ESPECIAIS 1.110.549 E 1.353.801: O AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA DEVE SUSPENDER A TRAMITAÇÃO DAS AÇÕES INDIVIDUAIS?

Em 2009, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou a tese de que “Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.”, ao julgar, em sede de recurso repetitivo (Tema 70)⁸³, o REsp 1110549/RS, assim ementado:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ARE 738109 RG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 07.11.2013.

⁸³. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Recursos Repetitivos - Tema 70.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008).

3.- Recurso Especial improvido.

(REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009)

Em 2013, a Primeira Seção da Corte Superior confirmou o entendimento consolidado pela Segunda Seção - firmando, inclusive, a mesma tese – ao julgar nos moldes do art. 543-C do CPC/73⁸⁴ (Tema 589)⁸⁵ o REsp 1353801/RS, conforme a seguinte ementa:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/08. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1. Segundo precedentes deste Superior Tribunal, "ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva". (v.g.: REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

2. Este STJ também compreende que o posicionamento exarado no referido REsp 1.110.549/RS, "não nega vigência aos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)".

3. Recurso Especial conhecido, mas não provido.

(REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013)

Ao ser provocado a se manifestar sobre a questão, o STF⁸⁶ decidiu pela ausência de repercussão geral por entender que a controvérsia foi solucionada com base em dispositivos infraconstitucionais e a violação à Constituição se deu de forma reflexa, nos seguintes termos:

⁸⁴ No CPC/2015 corresponde aos artigos: 1.029, II, § 4º; 1.030, IV; 1.036 a 1.041.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Recursos Repetitivos - Tema 589.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ARE 738109 RG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 07.11.2013.

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SUSPENSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL EM RAZÃO DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM A MESMA FINALIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-A DO CPC). 1. A controvérsia a respeito da viabilidade da suspensão de ação individual, por força de propositura de ação coletiva é de natureza infraconstitucional não havendo, portanto, matéria constitucional a ser analisada (...) 3. A matéria infraconstitucional utilizada como razão de decidir pelo acórdão recorrido tendo sido confirmada, definitivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça, torna-se imutável e, sendo suficiente para sua manutenção, faz incidir o óbice da Súmula/STF 283. 4. Norma definidora de princípios fundantes da República, por ser disposição demasiado genérica, é insuficiente para infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido. 5. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Pleno, DJe de 13.3.2009). 6. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC. (ARE 738109 RG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 26/09/2013, DJe 06/11/2013)

É válido ressaltar que ambos os casos decididos pelo STJ consistiam em Recursos Especiais de pessoas que tiveram seus processos individuais suspensos na origem por existir ação coletiva versando sobre a mesma tese jurídica. Os interessados desejavam seguir com suas demandas individuais, não aderindo à causa coletiva. Em ambos os processos, os recursos foram improvidos. Os acórdãos foram muito sucintos⁸⁷, apresentando argumentos para manter a suspensão dos processos individuais sem tecer grandes fundamentações teóricas, nos termos que se passa a expor.

1.1 Argumentos vencedores

Um primeiro argumento apresentado no REsp 1.110.549 é o da existência de um movimento no direito processual pátrio no sentido de solucionar diversos processos, que versem sobre a mesma lide, valendo-se de poucos atos procedimentais. Cita-se como expressão dessa tendência a edição da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), que alterou o art. 543-C do Código de Processo Civil, para situações em que

⁸⁷ O voto vencedor do REsp 1110549/RS tem 10 páginas; No REsp 1353801/RS a decisão foi unanime, consistindo em um total de 15 laudas.

houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito⁸⁸. O ministro relator entende que o caso em estudo se enquadra nessa previsão.

O julgado em análise atualizou a interpretação jurisprudencial, sob o argumento de adequar-se às exigências da realidade processual atual. Afirmou ser necessário se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, “preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide.”⁸⁹

Também foi defendido no acórdão que não há incongruência entre o disposto na decisão e os julgados que asseguraram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva, eis que há uma harmonização e atualização de interpretação do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor em relação à Lei de Recursos Repetitivos.

De acordo com o disposto na decisão analisada, a nova interpretação preservou a faculdade de o autor individual ajuizar sua ação ainda que exista uma ação coletiva, argumentou que o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor usa o termo poderá, tratando-

⁸⁸ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, REsp 1.110.549/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJ de 14.12.2009, p. 8.

se de hipótese, não de direito subjetivo. Defendeu, ainda, que essa nova interpretação observa precedentes do STJ, uma vez que não extinguiu os processos individuais pela litispendência, apenas os sobrestou.

Para a Corte Superior, é dada ao Juízo a faculdade de suspensão dos processos individuais nos casos multitudinários, com o respaldo no interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que seria frustrada se o Judiciário se visse estrangulado por inúmeros processos individuais sobre uma mesma lide.

A argumentação do acórdão seguiu no sentido de que seria inútil a adoção parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos⁹⁰, bloqueando apenas a chegada dos recursos ao STJ e permitindo o trâmite de milhares de processos nas instâncias anteriores o que travaria toda a máquina jurisdicional, até a interposição de Recurso Especial. Desta maneira, defendeu que seria um caminho desnecessário e inútil e que as próprias partes concordariam em poupar-se de trilhar.

Deste modo, consignou-se que a suspensão dos processos individuais não nega vigência aos arts. 51, inciso IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, apenas lhes atualizando a interpretação extraída de toda a potencialidade desses dispositivos legais.

Nessa esteira, os ministros defenderam que não há qualquer prejuízo para as partes, uma vez que é provável que todas as questões relativas à tese jurídica venham a ser deduzidas nas ações coletivas, e que caso algum aspecto relevante não seja abrangido os interessados poderão intervir na qualidade de *amicus curiae*, atendendo aos pressupostos da dinâmica moderna dos processos coletivos.

O acórdão do REsp 1.353.801, por sua vez, repisou todos os argumentos do REsp 1.110.549 e acrescentou que a suspensão das ações até o julgamento de um único processo, objetiva homogeneizar as decisões judiciais sobre casos semelhantes, assegurando igualdade e segurança jurídica.

Afirmou que a análise judicial individualizada de processos que versem sobre direitos individuais homogêneos, não garante a tutela isonômica, uma vez que por resguardarem direitos divisíveis, uma ação pode obter resultado diferente de outra que verse sobre o mesmo tema.

⁹⁰ Refere-se a Lei dos Recursos Repetitivos, talvez por estratégia argumentativa o relator tenha optado por falar Lei de Processos Repetitivos.

Defendeu ser irretocável a atuação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul no que diz respeito à Ação Civil Pública proposta, considerando que as ações coletivas reduzem a quantidade de atos processuais, concretizando os princípios da celeridade e economia processual.

Concluiu que a coletivização da demanda, tanto no polo ativo, quanto no polo passivo, é meio eficaz para promover o acesso à justiça, pois, reduz os custos, viabiliza a concentração de litigantes em um polo, evitando os problemas decorrentes de processos versando sobre o mesmo assunto.

1.2 Voto Divergente

Enriquece sobremaneira a discussão apreciar o voto do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), no REsp 1.110.549, que apesar de vencido apresenta contraponto a ser considerado.

O ministro defendeu que o que se busca no julgamento é o exame da formal insurgência de titular de um direito individual em face de uma ação coletiva. Questionou se o titular do direito individual teria que se submeter-se aos interesses de uma ação coletiva e se a transmigração do individual ao coletivo teria natureza impositiva. Manifestou-se contrariamente a ambas as afirmações e passa a justificativa.

Sustentou que a discussão não pode ser guiada pelo argumento de que os tribunais brasileiros estão assolados por centenas de processos idênticos, sob pena de se violar os princípios fundamentais da cidadania, preconizados no art. 1º, inciso II, da Constituição Federal.

Afirmou que o direito à cidadania deve ser exercido nos limites da lei, uma vez que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da Constituição). Considerou que admissibilidade pelo titular do direito de ação à substituição processual, disciplinada na Ação Coletiva, tem natureza facultativa, não podendo se suspender a ação individual impositivamente.

Acrescentou que o interessado tem direito de ver prosseguir a sua ação individual e os Tribunais não podem negar-lhe a jurisdição buscada, em face do disposto no art. 5º, inciso XXV, da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Argumentou que no âmbito do próprio STJ a questão já foi discutida diversas vezes, tendo sempre prevalecido a possibilidade da convivência entre as ações individuais e as ações

coletivas, cita diversos julgados dentre os quais, o do ex-ministro Teori Albino Zavascki no julgamento do CC nº 48.106-DF, *in verbis*:

(...) 6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais – invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) –, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas (...)."

Também deu destaque à decisão da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp. 157.669/SP, monocraticamente:

"(...) A irrisignação do recorrente não merece prosperar. Eis que, a firme orientação deste Eg. Tribunal estabelece que a existência de ação civil pública com objeto idêntico a de feitos individuais em que se busque o reajuste dos saldos das contas vinculadas do FGTS, mediante aplicação dos expurgos inflacionários, não induz litispendência. Por outro lado, é inarredável a conclusão de que os efeitos do ajuizamento prévio da ação civil pública não podem obstar o direito subjetivo de ação da parte assegurado constitucionalmente".

Acresça-se, neste sentido, que nem a Lei 7347/85 nem o Código de Defesa do Consumidor excluem a possibilidade dos interessados proporem ações individuais em virtude do ajuizamento da ação civil, ainda quando esta preceda àquela. Ao contrário, este último diploma legal ressalva no art. 104 a possibilidade do autor prosseguir em sua ação individual, ficando excluído da extensão subjetiva do julgado prevista para a sentença que vier a ser proferida na ação coletiva. Neste sentido, ensina Ada Pellegrini Grinover, in "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 5ª Ed. Revista e Ampliada, pág. 733" que, "mesmo sendo ela favorável e projetando-se seus efeitos erga omnes ou ultra partes (nos termos dos incis. I a III do art. 103 c/c seus §§ 1º e 2º), o autor que já pôs em juízo sua ação individual e que pretenda vê-la prosseguir em seu curso, não será beneficiado pela coisa julgada que poderá eventualmente formar-se na ação coletiva".

Igualmente, ensina Hugo de Nigro Mazzilli, in "A defesa dos interesses difusos em juízo, Ed. Saraiva, pág. 161" que nas ações coletivas que versem sobre interesses individuais homogêneos, em que se cogite de litispendência com as ações individuais dos lesados que visem à reparação do prejuízo divisível, naquilo que tenha de idêntico com o dos demais lesados, "se o autor da ação individual preferir não requerer sua suspensão, sua ação prosseguirá e não será afetada pelo julgamento da ação coletiva, mas se

preferir a suspensão da ação individual, poderá habilitar-se como litisconsorte na ação coletiva". (STJ - RESP 157669 – Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI - 03/04/2000).

Concluiu que o acúmulo de ações a serem julgadas e o assoberbamento dos tribunais não podem ser considerados como princípios maiores do que os direitos constitucionais assegurados ao cidadão.

Consignou que a suspensão das ações individuais viola, além dos princípios constitucionais expostos, os arts. 2º do CPC, que dispõe que será prestada a jurisdição quando requerida; 104 do CDC que ao se referir ao art. 81, incisos I e II, disciplina que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, excluindo-se os autores de ações individuais dos benefícios decorrentes dos efeitos erga omnes da Ação Coletiva.

Citou o ex-ministro Teori Albino Zavascki, para defender que a lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, razão pela qual não há possibilidade de decisões antagônicas.

A partir de toda a argumentação apresentada, afirmou não ser possível o titular de um direito individual ser compelido a submeter-se a uma substituição processual não aceita, sem determinação legal, “de ver a sua ação individual sobrestada por ato de império, por questões de natureza processual que, na essência, não lhe dizem respeito.”⁹¹

1.3 Posicionamento firmado

No fim, nenhum dos argumentos apresentados no voto divergente prevaleceu, restando esse completamente vencido. A Corte Superior firmou entendimento no sentido de ser legal a suspensão de ofício das ações individuais que versem sobre direitos individuais homogêneos, ainda na origem, quando for ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários.

Entendeu o STJ que a tese firmada não nega vigência aos arts. 51, inciso IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, bem como assegura o respeito aos princípios da segurança jurídica, igualdade, justa duração do processo, celeridade e economia processual e acesso à justiça.

Nesse contexto, o entendimento Superior Tribunal de Justiça merece ser analisado à luz do direito constitucional à liberdade, na dimensão da autonomia da vontade, para examinar se esse entendimento convive com ordenamento jurídico processual, em sua

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, REsp 1.110.549/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJ de 14.12.2009. p. 15.

dimensão constitucional e legal. Para tanto, é preciso compreender o regime do direito processual coletivo vigente à época em que o precedente foi estabelecido, bem como definir o recorte constitucional referente ao direito à liberdade utilizado como parâmetro na análise dos julgados.

2. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

Os acórdãos apresentados tratam da suspensão de ofício das ações individuais que versam sobre direitos individuais homogêneos quando ajuizada ação coletiva sobre a mesma tese jurídica. Em face disso é relevante entender em que consistem os direitos individuais homogêneos e de que forma podem ser tutelados coletivamente.

2.1 Direitos individuais homogêneos

Direito coletivo é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais (sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. Essa denominação é dada a uma categoria de direito material diferenciada, que supera, a tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. São direitos que pertencem a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo.⁹²

Péricles Prade⁹³ define os direitos difusos da seguinte forma:

São os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos típicos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade.

Os direitos coletivos, por sua vez, têm como titulares uma coletividade limitada ou passível de determinação, esse grupo de pessoas possui vínculos jurídicos entre si ou em face da parte contrária, de modo que em algum momento será preciso fazer uma delimitação restritiva para identificar os indivíduos que o compõem.⁹⁴

⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 33-34.

⁹³ PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 61.

⁹⁴ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 75.

O legislador, no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, incluiu junto aos direitos coletivos a figura dos direitos individuais homogêneos, e os definiu genericamente como sendo aqueles “decorrentes de origem comum”⁹⁵. Essa opção do legislador foi doutrinariamente inspirada no trabalho de Barbosa Moreira⁹⁶ ao tratar da *class action* americana.

A natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos gera certa discussão na doutrina. Corrente minoritária defende uma visão material dos direitos individuais homogêneos, entendendo se tratar de categoria autônoma equiparada aos interesses metaindividuais. Todavia, prevalece na doutrina nacional o entendimento de que tratam os direitos individuais homogêneos de mera técnica processual, consistindo em uma escolha de procedimento para manejar direitos essencialmente individuais.

Defendendo a primeira corrente Alcides Munhoz da Cunha⁹⁷, consigna que os direitos individuais homogêneos são uma face oculta dos direitos coletivos ou difusos, que é revelada somente na fase de liquidação e execução da sentença que tutelou os interesses metaindividuais.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁹⁸, também defensores do caráter material dos direitos individuais homogêneos, afirmam que esses direitos são dotados de indivisibilidade e indisponibilidade até a liquidação e execução da sentença.

Em oposição a essa visão minoritária estão os doutrinadores que identificam os direitos individuais homogêneos como técnica do direito processual. Filiam-se à corrente majoritária, dentre outros, Pedro Dinamarco, Rodolfo Camargo de Mancuso, Sérgio Cruz Arenhart, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teori Albino Zavascki.

⁹⁵ CDC - Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição de 1988. In. **Revista de Processo**. n.61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

⁹⁷ CUNHA, Alcides Munhoz. **Evolução das Ações Coletivas no Brasil**. Revista da Procuradoria Geral da República, Brasília, n. 8, jan./jun. 1996. p. 246-258.

⁹⁸ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p.78.

Nesse sentido, Benjamin⁹⁹ defende que os direitos individuais homogêneos são aglutinados por mero pragmatismo, eis que não gozam de uma indivisibilidade inerente como os direitos difusos ou tampouco existe uma relação jurídica base que os compulse a se unir como no caso dos direitos coletivos *stricto sensu*. O tratamento coletivo visa apenas facilitar o acesso à justiça.

Dinamarco¹⁰⁰ defende que os direitos individuais homogêneos são em sua essência interesses individuais, que por força das circunstâncias são tratados de forma coletiva. Afirma que esse fenômeno de aglutinação é efeito da “moderna sociedade de massa, em que a concentração de pessoas em grandes centros e a produção em série abrem espaço para que muitas pessoas sejam prejudicadas por um mesmo fato”.

Arenhart¹⁰¹, no mesmo sentido, ensaia que essa técnica de coletivização de demandas individuais, busca, na verdade, racionalizar a prestação do serviço jurisdicional, sem violar as garantias das partes litigantes.

Superada a questão da natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos, há também certa dificuldade de defini-los, uma vez que a legislação apenas diz que se tratam de direitos que possuem origem comum.

Watanabe¹⁰² tenta delinear o que é abrangido pelo termo origem comum e entende que não existe de forma obrigatória uma unidade factual e temporal restrita. Dá como exemplo um produto nocivo à saúde que foi comprado por inúmeros consumidores, por um lapso temporal extenso e em lugares diversos, afirma que, nesse caso, todos têm como causa dos danos sofridos a compra do produto, fato dotado de homogeneidade que configura a origem comum de todos eles.

Sérgio Cruz Arenhart¹⁰³ defende como critério para a identificação de um direito como individual homogêneo o empregado por Ada Pellegrini Grinover, inspirada no direito norte-americano, reconhecendo o caráter homogêneo toda vez que questões coletivas

⁹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 96.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Pedro. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.60.

¹⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 134.

¹⁰² WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 629.

¹⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 135.

preponderarem sobre as questões individuais, de modo que numericamente existiriam mais aspectos de interesse da coletividade do que do próprio titular do direito subjetivo.

Essa tentativa de classificação ainda é insipiente na doutrina e casuística na jurisprudência nacional. De forma que apenas podemos afirmar que os direitos individuais homogêneos têm natureza de direitos subjetivos individuais e que a qualificação em homogêneos não desvirtua essa sua natureza subjetiva, apenas une um grupo de direitos por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, de forma que seja possível a defesa coletiva deles.

Portanto, os direitos individuais homogêneos não são uma nova espécie de direito material, não há de se falar em direito materialmente individual homogêneo, eles são, na verdade, direitos comuns, tratados coletivamente como estratégia processual para que sejam tutelados de forma mais efetiva, para que seja ampliado o acesso à justiça, visando a economia processual. Dessa forma, quando se fala em tutela coletiva de direitos homogêneos, estamos falando do instrumento de sua defesa, não do direito material em si.¹⁰⁴

Ademais, como a classificação em individuais homogêneos visa a possibilidade de tutela jurisdicional coletiva desses direitos, não faz sentido tratá-los de forma singular (um único direito homogêneo), a homogeneidade pressupõe a existência de uma relação com outros direitos individuais semelhantes. Nesse contexto, existe uma pluralidade de titulares, como ocorre no caso dos direitos transindividuais, mas de forma diferente, pois os direitos coletivos são indivisíveis e seus titulares são indeterminados. Já nos individuais homogêneos, há a pluralidade de sujeitos, que são indivíduos determinados, o objeto material é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria.

Nesse diapasão, é muito importante entender as diferenças conceituais entre os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos para se compreender as formas diferentes de tutelar esses direitos. É comum a confusão entre tutela de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos. O resultado desse equívoco é dar tratamento igual aos direitos de natureza transindividual e aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, essa confusão pode ser percebida inclusive na legislação e na jurisprudência.¹⁰⁵

¹⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 34-35.

¹⁰⁵ “Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos, que trouxe a consequência, à toda evidência distorcida, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual. A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de um e outro desses direitos, acima referida, explica, talvez, a confusão que ainda persiste em larga escala, inclusive na lei e na jurisprudência. Com efeito, a partir do advento do Código de Proteção e

2.2 Tutela coletiva de direitos

Após a conceituação e caracterização dos direitos individuais homogêneos, passa-se a demonstrar como esses direitos podem ser tutelados coletivamente.

Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁶ tratando das ações coletivas no Brasil, estabelece:

Entre os países da *civil law*, o Brasil foi o pioneiro na criação e implementação dos processos coletivos. A partir da reforma de 1977 da Lei da Ação Popular, os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, receberam tutela jurisdicional por intermédio da legitimação do cidadão. Depois, a lei n. 6.938/81 previu a titularidade do MP para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Mas foi com a Lei n. 7.347/85 – a Lei da Ação Civil Pública – que os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro e, de outro, acabaram influenciando no CPC. Tratava-se, porém, de uma tutela restrita a objetos determinados (o meio ambiente e os consumidores), até que a Constituição de 1988 veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, sem qualquer limitação em relação ao objeto do processo. Finalmente, com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, o Brasil pôde contar com um verdadeiro microsistema de processos coletivos, composto pelo Código – que também criou a categoria de interesses ou direitos individuais homogêneos – e pela Lei n. 7.347/85, interagindo mediante a aplicação recíproca dos dois diplomas.

Assim, no Brasil, a defesa dos interesses coletivos é baseada na Lei da Ação Civil Pública - Lei 7.347/85, editada com o objetivo de proteger interesses difusos e coletivos, dentre os quais: meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, todos elencados em seu artigo 1º¹⁰⁷.

Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, passou-se, não raro, a considerar tal categoria de direitos, para todos os efeitos, como espécie dos direitos coletivos e difusos, lançando-os todos eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para sua defesa em juízo. Não é assim, todavia”. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, 6ª edição revista e atualizada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 32-33.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 27-28.

¹⁰⁷ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)

VIII – ao patrimônio público e social.

Posteriormente, a Constituição de 1988 fortaleceu o sistema legal de tutela de direitos coletivos. Deu *status* constitucional à Ação Civil Pública para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, deu legitimidade ao Ministério Público (art. 129, III), a terceiros (art. 129, §1º), e dispôs ainda sobre a legitimidade ativa das associações e dos sindicatos e criou a figura do mandado de segurança coletivo.

O Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90, trouxe importantes inovações no que diz respeito à tutela de direitos coletivos, ampliando a abrangência da Ação Civil Pública. Expressamente definiu que o Título III do CDC se aplica, no que for cabível, às ações civis públicas da Lei 7.347/85.

No que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, o CDC inovou ao prever a possibilidade de coletivização de demandas individuais, com origem comum e em alguma medida uniformes. Essa inovação foi inspirada nas *class actions* do direito norte-americano, permitindo que interesses ou direitos manifestamente individuais, se unidos por uma origem comum, tenham a faculdade de serem tutelados coletivamente.¹⁰⁸

Importante ressaltar que a *class action* norte-americana surgiu e se desenvolveu como um sistema de tutela coletiva de direitos, não questionando em momento algum a individualidade dos interesses tutelados.¹⁰⁹

Nessa conjuntura, surgiu um microssistema legal de ações coletivas, devendo o CDC e a Lei da Ação Civil Pública serem entendidas como normas complementares que integram o sistema processual coletivo. A interpretação dessas normas não pode ser feita de maneira restritiva, pois isso comprometeria a própria efetividade da tutela coletiva de direitos. Contudo, também não se pode aplicar indiscriminadamente todos os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública quando da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Neste ponto, são válidas as lições de Teori Albino Zavascki¹¹⁰, que diferencia a tutela de direitos coletivos da tutela coletiva de direitos. A primeira se refere aos meios de tutelar os direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*), a segunda seria a opção de se tutelar coletivamente direitos subjetivos, direitos individuais homogêneos. A ação coletiva referente a interesses individuais possui peculiaridades que justificam a existência de diferenças no processamento dessas ações.

¹⁰⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito, **Os Trinta Anos da Lei da Ação Civil Pública: Alguns Aspectos Polêmicos**, Revista Jurídica ESMP-SP, V.7, 2015. p. 272.

¹⁰⁹ GIDI, Antonio. **Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries**. In. **The American Journal of Comparative Law**. n.51. Michigan: University of Michigan Law School, 2003.

¹¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 32-33.

A primeira peculiaridade processual das ações coletivas é a repartição da atividade cognitiva em duas fases. A grosso modo, nas ações comuns o processo de conhecimento se dá em uma única fase, o juiz conhece de toda a matéria relevante para o deslinde da controvérsia e ao proferir a sentença, essa, via de regra, possui todos os elementos necessários para ser executada, consiste em um título executivo judicial.

Nas ações coletivas a atividade cognitiva se dá em dois momentos distintos: o primeiro ocorre em relação ao objeto da ação coletiva propriamente dito, em que a cognição está limitada ao núcleo de homogeneidade da ação, às questões fáticas e jurídicas comuns a todos os interessados; o segundo momento vai acontecer em ações posteriores, propostas individualmente por cada interessado, no caso de procedência da ação coletiva. Essa fase leva a conhecimento do juízo as especificidades de cada titular, diz respeito à margem de heterogeneidade da demanda.¹¹¹

Por conseguinte, a sentença proferida na ação coletiva é sempre genérica, não pode ser imediatamente executada. Cada interessado, após a procedência da ação coletiva, deve ingressar com uma ação individual para tratar das peculiaridades do seu caso, para só então receber uma decisão líquida e executável. Sobre a questão ressalta-se a seguinte explanação de Zavascki¹¹²:

A repartição da atividade cognitiva é, pois, uma característica técnica inerente ao procedimento da ação coletiva. Procedimento que, desde logo, englobasse as duas partes da cognição não seria genuinamente o de uma ação coletiva. Mesmo se movida por substituto processual, seria uma espécie de demanda multitudinária, de cognição plena, na qual se examinaria a situação individual de todos os titulares do direito, com todas as vicissitudes daí decorrentes, idênticas às de um litisconsórcio ativo regido pelo procedimento comum.

Esse sistema de conhecimento bifásico leva a outra particularidade das ações coletivas no que tange a à legitimidade ativa. Na ação coletiva, na primeira fase de conhecimento, há legitimidade ativa por substituição processual, as entidades legitimadas pela lei postulam em seu nome direito de terceiros; na segunda fase, o titular do direito postula, em nome próprio, ação de liquidação e cumprimento da sentença proferida na demanda coletiva, sob o regime de representação.¹¹³

¹¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 151-152.

¹¹² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 151-152.

¹¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 152-153.

Uma última característica das ações coletivas, de extrema importância para este estudo, é a da liberdade do titular de o direito aderir ou não à demanda coletiva. Zavascki¹¹⁴ defende que estão compreendidos nessa liberdade a possibilidade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual (autor da ação coletiva); de promover ou dar prosseguimento a sua ação individual, simultaneamente à ação coletiva; e a liberdade de executar ou não a sentença de procedência proferida na ação coletiva.

Todas essas possibilidades podem ser apreendidas da leitura dos dispositivos do CDC sobre a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, quais sejam:

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

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

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

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

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

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

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

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

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

¹¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 157-160.

O art. 94 dispõe que se deve dar publicidade da proposição da ação coletiva para que os interessados possam intervir no processo na qualidade de litisconsortes, caso queiram. É uma faculdade do titular do direito intervir ou não.

No art. 103, há a previsão de que a decisão proferida na ação coletiva só tem efeito erga omnes em caso de procedência da ação. Sendo resguardada a possibilidade de proposição de ação individual no caso de improcedência aos interessados que não aderiram a demanda coletiva como litisconsortes. Reforçando a ideia de liberdade do interessado em aderir ou não a demanda coletiva.

Quanto às ações individuais propostas em data anterior à ação coletiva, estabelece o art. 104, em uma interpretação contrário sensu, que as ações coletivas "não induzem litispendência", mas para se beneficiar dos efeitos da coisa julgada da sentença de procedência os interessados devem requerer a suspensão dos processos individuais no prazo de trinta dias, contados da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Ressaltando o aspecto facultativo da adesão à demanda coletiva: se requisierem a suspensão de seu processo individual, são beneficiados pela decisão da ação coletiva, se optarem por seguir a demanda individual, não se beneficiam.

Alguns autores defendem que tutela coletiva de direitos individuais homogêneos poderia ser instrumento de solução de problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro, nesse sentido Sérgio Cruz Arenhart¹¹⁵ ressalta que:

a defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para os conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular

Todavia, outros doutrinadores, como Almeida¹¹⁶, defendem que a criação das ações coletivas que visam tutelar interesses individuais homogêneos é insuficiente para a solução destes problemas, pois não impedem a proposição de ações individuais, podendo estas receber

¹¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.216.

¹¹⁶ ALMEIDA, Marcelo Pereira. **A tutela coletiva e o fenômeno do acesso à justiça.** Rio de Janeiro: Frietas Bastos. 2007. p. 178.

tratamento diferenciado, uma vez que não há um sistema de vinculação e a divulgação das ações coletivas não é feita de forma efetiva.

3. DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE

O direito à liberdade é, segundo Garcia¹¹⁷, um direito fundamental básico por estar expresso no caput do art. 5º da Constituição, juntamente com os direitos à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade. Isaac Sabbá Guimarães¹¹⁸ defende a importância de o direito à liberdade estar positivado na Constituição, consignando que:

em suma, não poderemos prescindir da positivação dos direitos de liberdade na Constituição, por duas principais razões: em primeiro lugar, ao transcender o aspecto formal, a Constituição abrigará, por um lado, os valores axiológicos consensualmente dominantes na comunidade, mas, por outro lado, organizará as relações em nível horizontal, entre os do povo, em linha vertical, entre o povo e a auctoritas; tais relações desenvolvem-se segundo os direitos fundamentais ali prescritos e nas normas de caráter infraconstitucional do Estado, que devem ser coerentes com aqueles direitos de liberdade; de forma que a Constituição terá papel que poderemos denominar de instrumental. Em segundo lugar, também podemos dizer que a Constituição é ainda, para nossa cultura jurídica pelos menos, um documento que vincula política e juridicamente a todos do Estado; por consequência, a positivação dos direitos de liberdade representará não apenas força, mas segurança jurídica.

Já Moraes¹¹⁹ corrobora com a ideia de que os direitos fundamentais são inerentes ao indivíduo e oponíveis nas relações entre particulares, bem como no âmbito das relações com o Estado, mas defende ser indiferente estarem ou não positivados no texto da Constituição.

Chevalier¹²⁰, por sua vez, ao citar Montesquieu, define que liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem. No mesmo sentido, Barroso¹²¹ afirma que o direito à liberdade consiste em ninguém ser obrigado a se submeter a qualquer vontade senão a da lei,

¹¹⁷ GARCIA, Maria. **Mas, quais são os direitos fundamentais?**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 39, 2002. p. 115-123.

¹¹⁸ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Constituição: fundamentos de sua imprescindibilidade para a preservação dos direitos de Liberdade. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 72(18)97-150, jul/set 2010. p. 144.

¹¹⁹ MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos e soluções**. Niterói: Labor Júris, 2000. p. 11.

¹²⁰ CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998. p. 139.

¹²¹ BARROSO, Tutela e efetividade do direito constitucional à liberdade. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 479-495.

formal e materialmente constitucional. Essas definições relacionam intimamente o direito à liberdade com o princípio da legalidade, positivado no art. 5º, inciso II, da CF/88: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".¹²²

Os autores Mendes e Branco¹²³, em sua obra Curso de direito Constitucional, citam Canotilho, definindo como traço típico das liberdades a alternativa de comportamento, a possibilidade de escolha. Só há liberdade quando existem opções e o indivíduo se sente livre para escolher aquela que melhor lhe atenda.

Neste contexto, as liberdades constitucionais abrangem tanto o direito à liberdade positiva quanto à liberdade negativa, o direito de fazer e de não fazer. Na liberdade de livre associação, por exemplo, está incluída a liberdade negativa de não se associar.¹²⁴ De modo que do direito de não se associar e da vedação à interferência estatal no funcionamento das associações, infere-se que a regra deve ser a liberdade de escolha dos indivíduos.¹²⁵

Por sua vez, Afonso da Silva¹²⁶ define liberdade como a “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. Para o autor¹²⁷, a liberdade pode ser dividida em liberdade interna e liberdade externa. A primeira seria de ordem subjetiva, consistindo na liberdade moral, na manifestação de foro íntimo do indivíduo, a outra seria objetiva, consistindo na externalização da vontade pessoal, seria a liberdade de pôr em prática a vontade individual. Para o exercício dessa segunda liberdade seria necessário que os obstáculos ou coações fossem afastados pelo Estado, de modo que os indivíduos pudessem de fato agir livremente.

Para Corrêa¹²⁸ existe diferença entre essas duas liberdades, aponta que a liberdade interna é irrestrita e abstrata, e a liberdade externa é limitada e objetiva. Por esse motivo, a liberdade objetiva estaria sujeita a uma limitação legal, eis que privilegia o atendimento dos interesses da coletividade em detrimento dos interesses individuais.

¹²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 30/9/2017.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 233.

¹²⁴ A lei pode dar certas prerrogativas apenas a algumas organizações, como no caso em que o STF entendeu ser legítimo o sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais. Há, contudo, outros precedentes em que o STF julgou inconstitucionais leis que criavam como requisito para exercer uma atividade ou receber um benefício a associação a uma determinada entidade privada.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p 437-438.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 232.

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 230-231.

¹²⁸ CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 15.

Uma decorrência do direito à liberdade é o direito à autonomia. Para Érico de Pina Cabral,¹²⁹ a autonomia se relaciona com autogoverno, com a possibilidade de definir suas próprias normas de conduta, de não ser submetido a imposições de outrem. Autonomia, para o autor, seria o direito de decidir livremente, de fazer escolhas valendo-se de independência moral e intelectual.¹³⁰

Nesse sentido, é pertinente correlacionar liberdade, autonomia e constituição, sendo elucidativo o posicionamento de Barroso e Martel¹³¹:

[...] tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil. Daí a sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais.

Dessa maneira, os direitos à liberdade e à autonomia devem sempre partir da perspectiva da pessoa humana, entendendo que o indivíduo quer se autorrealizar e deve ser responsável pela escolha dos melhores meios para atingir suas potencialidades. Assim, o estado democrático tem como papel fundamental guardar e estimular o exercício das liberdades, solucionando os conflitos que surjam desse exercício.¹³²

Como qualquer outro, o direito à liberdade não é ilimitado, uma vez que a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem. Dessa forma, a liberdade individual é limitada pelos outros membros da sociedade, quando estes usufruem regularmente de seus direitos. Importante ressaltar que para Mendes e Gonet¹³³ estes limites somente podem ser determinados por lei. Nesse diapasão, válido citar trecho do acórdão proferido no RMS 23.452/RJ¹³⁴ de relatoria do Ministro Celso de Mello:

¹²⁹ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2004. p. 83-129.

¹³⁰ Para chegar a essa definição o autor buscou a etimologia da palavra autonomia: “O vocábulo *autonomia* vem do grego *autos* + *nomos* e significava independência, autodeterminação, o que é regido por leis próprias; direito de reger-se segundo leis próprias, em regime de liberdade e independência; faculdade de determinar as próprias normas de conduta, sem imposições de outrem. Etimologicamente, *autonomia* significa o poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da própria conduta. Isto é, *autonomia* é a capacidade de governar-se com as próprias regras”.

¹³¹ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais** (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

¹³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p.390.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 298.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000. p. 20.

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.

Indo ao encontro do defendido por Barroso (que trata do fenômeno da constitucionalização do Direito)¹³⁵, Paulo Luiz Netto Lôbo¹³⁶ afirma que o direito civil brasileiro mudou substancialmente, pois passou a ser interpretado segundo a Constituição e não a se interpretar a Constituição segundo o Código Civil, como acontecia antigamente. Para ele, houve uma mudança de atitude no ordenamento pátrio, motivada pelo fenômeno recente da constitucionalização do direito, tratando-se de um “processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais ao direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.

Em face desse fenômeno, qualquer interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais deve observar a lógica normativa e principiológica da Constituição Federal. No caso em estudo, devem ser observados os direitos constitucionais à liberdade e à autonomia.

Nesse cenário, é válido verificar como o STF tem examinado o direito de liberdade/autonomia no âmbito do processo civil. Em importante precedente, RE 210.029¹³⁷, discutiu-se a legitimidade do sindicato para liquidação e execução de decisões proferidas em processos coletivos ajuizados pela entidade sindical.

Por maioria apertada dos votos¹³⁸, decidiu-se que a legitimidade das entidades sindicais, conferida pelo art. 8º, inciso III, é ampla e abrange as fases de conhecimento, liquidação e execução de sentença. Corrente divergente defendeu que se tratando de direitos

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, 33(7)13-54, set/out 2005. p. 53-54.

¹³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 210029/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 17.08.2007.

¹³⁸ O resultado da votação foi 6 a 5.

individuais homogêneos o sindicato não poderia liquidar ou executar a sentença sem a autorização dos interessados, eis que nessas fases o sindicato atuaria como representante processual, não substituto.

O cerne da divergência era se o sindicato teria legitimidade para liquidar e executar sentença referente a direitos individuais na qualidade de substituto processual e em que medida conferir tal legitimidade às entidades sindicais afetaria a autonomia e o poder de autodeterminação do cidadão. A situação fática se assemelha a estudada neste trabalho, uma vez que se discute a possibilidade de restringir a liberdade e a autonomia do titular de direito individual no âmbito processual.

O STF, como o STJ, também se valeu dos princípios da economia e celeridade processuais, interesse público, justa duração do processo, acesso à justiça e eficiência para fundamentar sua decisão. Contudo, a decisão do STF diferencia-se das decisões do STJ apresentadas, eis que a opção de conferir ao sindicato legitimidade para atuar como substituto processual em todas as fases do processo, restringindo de alguma forma a liberdade dos interessados, teve por fundamento regra estabelecida na Constituição e não uma mera construção jurisprudencial sem previsão legal.

O posicionamento firmado pelo Supremo decorreu diretamente da interpretação do disposto no art. 8, inciso III, da Constituição, entendeu a Corte Suprema que reconhecer tal legitimidade ao sindicato melhor atenderia ao texto da Constituição e ao interesse dos trabalhadores. Ao conferir ao sindicato legitimidade para defender os interesses coletivos e individuais da categoria em artigo específico, o constituinte pretendia dar maior proteção aos trabalhadores, evitando que estes tivessem que se expor em uma demanda contra o empregador. Portanto, não se pode interpretar restritivamente o dispositivo sob pena de prejudicá-los.

Afirmou, ainda, que a Constituição utilizou o verbo defender que é mais abrangente que representar ou substituir, e falou em interesses e não em direitos também visando ampliar o espectro de proteção. Ante esta premissa, o art. 8º, inciso III, deve ser interpretado sempre de forma ampla, nunca restritiva.

Neste contexto, foram mitigados os direitos à liberdade e à autonomia dos interessados, com respaldo em regra da própria constituição, corroborando com o entendimento exposto acima de que os direitos fundamentais não são absolutos¹³⁹ e da

¹³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000. p. 20.

necessidade de previsão legal para limitá-los.¹⁴⁰ Deste modo, partindo da lógica argumentativa da decisão do STF, este se posicionaria contrariamente ao entendimento do STJ de impor uma restrição a direito fundamental sem previsão legal a sustentando.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Apresentados todos os conceitos relevantes para a compreensão do tema do presente estudo, pode-se fazer a seguinte análise da jurisprudência, à luz do direito constitucional à liberdade, na dimensão da autonomia da vontade.

A tese de que “Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.” foi firmada pelo STJ em 2009 e vem sendo replicada até o presente momento¹⁴¹. É válido ressaltar que, conforme amplamente demonstrado no tópico 2, todas as ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos são, em última análise, macro-lides geradoras de múltiplos processos. Deste modo a referida tese se aplicaria a qualquer ação coletiva que tutele direitos individuais homogêneos, á discricionariedade do juízo.

Seguindo, é inegável a importância dos princípios da segurança jurídica, igualdade, justa duração do processo, celeridade e economia processual e acesso à justiça, apresentados na fundamentação dos acórdãos estudados. Contudo, tais princípios não podem ser invocados de forma coringa para justificar a violação a direitos constitucionais fundamentais dos interessados, como o direito à liberdade.

Quanto a aplicabilidade da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), sob o argumento de que seria inútil a adoção parcial do sistema desta lei, pois bloquearia apenas a subida dos recursos ao STJ e permitiria o trâmite de milhares de processos nas instâncias anteriores, o que se faz na verdade é uma interpretação extensiva da lei para aplicá-la a processos das 1ª e 2ª instâncias. Tal interpretação seria possível se o ordenamento fosse silente quanto à questão, se houvesse um vazio legal que desse tal ensejo interpretativo¹⁴². Contudo, existe legislação que versa de forma específica sobre a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, o CDC.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 298.

¹⁴¹ Há diversas decisões colegiadas publicadas em 2016 e 2017 reafirmando essa tese, dentre os quais citam-se: REsp 1651554, AgRg no AREsp 707390, AgRg no AREsp 681836, AgRg no AREsp 672818, AgRg no AgRg nos EAREsp 699381, AgRg nos EAREsp 714202, EDcl no REsp 1562871, AgRg no AREsp 642594.

¹⁴² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. Capítulo 5.

Logo, em face do princípio da especialidade¹⁴³, tratando o CDC de forma específica da tutela coletiva de direitos e dos direitos individuais homogêneos e não tendo a Lei 11.672/2008 revogado qualquer dispositivo do CDC, não há porque optar por aplicar a lógica normativa da Lei dos Recursos Repetitivos em detrimento da norma específica, o CDC.

Por outro lado, a defesa de que a suspensão dos processos individuais não nega vigência aos arts. 51, inciso IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, mas que com estes se harmoniza, foi feita de forma genérica, sem fundamentação jurídica, não restando demonstrado como se dá essa harmonização.

Ademais, alegou-se que o art. 81 do foi interpretado de modo a preservar o direito de ajuizamento da pretensão individual, mas não do prosseguimento desses processos que deveriam aguardar o deslinde da ação coletiva. Contudo, os artigos que permitem a convivência das demandas individuais e coletivas são os arts. 94, 103 e 104 do CDC, como demonstrado no tópico 2.2. A interpretação conferida apenas do artigo 81 não tem o condão de sustentar a suspensão dos processos.

Deste modo, não há previsão legal que fundamente a suspensão de ofício dos processos individuais. Pelo contrário, existem dispositivos que asseguram a faculdade de o interessado aderir ou não a causa coletiva. Isto posto, resta clara a violação ao direito à liberdade sob diversos aspectos, os quais serão abordados nos parágrafos seguintes.

Primeiramente, ao defender que é dada ao Juízo a faculdade de suspensão dos processos individuais nos casos multitudinários, com o respaldo no interesse público de preservação da efetividade da Justiça, inverte-se a lógica normativa do CDC que confere faculdade ao interessado de aderir ou não a ação coletiva. Viola-se o direito constitucional à autonomia, considerando que se a lei aplicável dá liberdade de escolha ao titular do direito, não pode o magistrado, ao aplicar a legislação, impedir o exercício dessa liberdade.

Em seguida, considerando a abordagem de Chevalier¹⁴⁴, Barroso¹⁴⁵ e Mendes e Branco¹⁴⁶ de que somente a lei pode limitar o direito à liberdade, sem a existência de normativo legal não seria possível a suspensão compulsória dos processos individuais.

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 109-110.

¹⁴⁴ CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998. p. 139.

¹⁴⁵ BARROSO, Luiz Roberto, Tutela e efetividade do direito constitucional à liberdade. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 479-495.

Sob um outro foco, Mendes e Branco¹⁴⁷, citando Canotilho, definem como traço típico das liberdades a alternativa de comportamento, nesse caso, conferindo a lei a opção de escolha entre ser abrangido ou não pela demanda coletiva, respeitar o direito à liberdade seria garantir ao titular do direito a faculdade de optar e não o obrigar a ter seu processo suspenso. A liberdade de associar-se à ação coletiva deve ser acompanhada da liberdade negativa de não se associar.

No que diz respeito a afirmação de que a suspensão não traz qualquer prejuízo para às partes, tomando por base a definição de Afonso da Silva¹⁴⁸ de liberdade como a “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”, havendo permissivo legal, cabe ao interessado decidir o que melhor lhe atende, que opção lhe traz mais felicidade: aderir a ação coletiva ou seguir com a sua ação individual.

Por ser uma decorrência do direito à liberdade, viola-se também o direito à autonomia, eis que se retira dos titulares das ações individuais a possibilidade de autogoverno, o direito de decidir livremente, de fazer escolhas valendo-se de independência moral e intelectual, submetendo-os às imposições de outrem.¹⁴⁹

Por fim, Barroso e Martel¹⁵⁰ associam a ideia de autonomia com a de dignidade, de modo que, em última análise, ao suspender compulsoriamente as ações individuais, estar-se-ia violando a dignidade dos titulares do direito.

Ressalta-se que não se defende um exercício irrestrito do direito à liberdade e à autonomia. Conforme consignado no tópico anterior, e respaldado pelo acórdão proferido no RMS 23.452/RJ¹⁵¹, entende-se que qualquer direito fundamental, inclusive o da liberdade, deve ser limitado, de modo a se harmonizar com outros direitos fundamentais. Critica-se a suspensão das ações individuais, em função do ajuizamento de uma ação coletiva, sem previsão legal, ou, pior, contra expressa disposição de lei (CDC).

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 298.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 233.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 232.

¹⁴⁹ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2004. p. 83-129.

¹⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: Gozzo, Débora; Ligiera, Wilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais** (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000. p. 20.

A solução encontrada pelo STJ para o problema fático de asoberbamento do Judiciário com inúmeros processos versando sobre a mesma tese, não é correta, a Corte Superior não pode fazer interpretação *contra legem* para solucionar problemas logísticos enfrentados pelo poder Judiciário. Conquanto pudesse ser uma solução interessante como política judiciária, a suspensão das ações individuais estava fora espectro de possibilidades à época, eis que não havia dispositivo legal que a autorizasse.

Sob a égide do CPC/73, e do microssistema legal das ações coletivas, não há como defender a convivência do posicionamento do STJ com o ordenamento jurídico processual, em sua dimensão constitucional e legal. Contudo, não haveria óbice para implementação da solução proposta pelo STJ caso se mudasse a Lei das Ações Coletivas. O problema não é a solução encontrada pelo STJ, mas a falta de previsão legal que lhe dê respaldo.

Por outro lado, na vigência do novo Código de Processo Civil, é possível se encontrar outras soluções jurídicas mais acertadas para o problema do assolamento do Judiciário. O CPC/2015, com o intuito de fortalecer e padronizar a jurisprudência, trouxe inovações que possibilitam a solução mais eficiente de controvérsias jurídicas repetitivas. Dentre as quais, vislumbra-se como uma boa alternativa para o problema em questão o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas¹⁵².

Desta maneira, conclui-se que o entendimento firmado pelo STJ não convive com o ordenamento processual e viola os direitos constitucionais à liberdade e à autonomia dos litigantes individuais, pois, apesar de consistir em uma boa política judiciária não há previsão legal para a solução escolhida. Sob a égide do CPC/73, não havia meio de resolver o impasse de forma a atender o princípio da legalidade, contudo na vigência do CPC/2015 há outras alternativas possíveis e legais. De modo que, ao invés de continuar repetindo o entendimento firmado, violando a autonomia dos interessados, o STJ poderia rever seu posicionamento, em face do novo código, para encontrar solução eficiente e com respaldo legal.

¹⁵²O referido incidente é dotado de diversas características que o tornam solução viável para o problema, quais sejam: a) se aplica a casos em que convivam ações coletivas e individuais sobre mesma questão jurídica, sendo cabível ao objeto em estudo; b) não serão necessariamente sobrestadas as ações individuais para aguardar o julgamento da ação coletiva, o caso paradigma poderá ser um processo individual que bem represente a controvérsia, afastando a ideia equivocada de há hierarquia entre a ação coletiva e as demandas individuais; c) é forma legal de suspensão do processo não violando o princípio da legalidade, nem restringindo ilegalmente a liberdade dos litigantes; d) sua aplicação está condicionada ao cumprimento de requisitos objetivos, não estando sujeito a ampla discricionariedade do juízo; e) há o estabelecimento de prazo (1 ano) para o julgamento do caso paradigma, de modo que os processos não ficam suspensos por tempo indeterminado; f) a competência para afetar o tema, escolher e julgar o caso paradigma e suspender os processos que versem sobre a mesma tese é dos tribunais de segunda instância. O pedido de instauração do incidente pode ser feito pelo juiz relator, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública. Isso torna o processo mais participativo, menos impositivo, uma vez que a instauração do incidente pode ser provocada por diversos habilitados, não apenas pelo magistrado de primeira instância de forma impositiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a analisar a temática da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos sob o foco do direito à liberdade. Foi procedida à abordagem, especialmente, no que diz respeito à tese firmada pelo STJ no sentido de ser legal a suspensão de ofício das ações individuais ante a existência de ação coletiva atinente à macro-lide geradora de processos multitudinários.

De início, no primeiro tópico, foram analisados os Recursos Especiais n. 1.110.549 e 1.353.801, e foi mapeado o posicionamento do STJ, expondo os argumentos que prevaleceram, os argumentos vencidos e o posicionamento firmado.

Em seguida, apresentou-se brevemente o conceito de direito individual homogêneo, suas características, e suas diferenças em relação aos direitos difusos e aos coletivos *stricto sensu*. Tratou-se da tutela coletiva desses direitos, elucidando de que maneira podem-se tutelar os direitos individuais homogêneos de forma coletiva no ordenamento brasileiro e quais dispositivos legais se aplicam a essa tutela, enfatizando o caráter facultativo da adesão à demanda coletiva pelo titular do direito.

Dedicou-se, o terceiro tópico, a definir e expor questões relevantes sobre o direito constitucional de liberdade, e sua vertente da autonomia individual.

Após a definição do posicionamento do STJ, destacando os principais fundamentos utilizados e valendo-se dos aspectos doutrinários e legais expostos nos segundo e terceiro tópicos do trabalho, no quarto tópico, realizou-se análise crítica dos acórdãos escolhidos à luz do direito à liberdade.

Com base nos pontos apresentados, conclui-se que a suspensão de ofício dos processos individuais, que versam sobre direitos individuais homogêneos, ante a existência de ação coletiva, restringe o direito constitucional à liberdade dos litigantes. De modo que a hipótese aventada no início estudo foi confirmada.

Por fim, entendeu-se que o posicionamento firmado pelo STJ não convive com o ordenamento jurídico processual. À época em que foi firmada a tese de suspensão dos processos individuais, não havia uma solução jurídica para o problema fático de assoberbamento do Judiciário com inúmeros processos versando sobre a mesma tese. Contudo, com o advento do CPC/2015, é possível encontrar solução eficiente e legal para

controvérsias jurídicas repetitivas, dentre as quais vislumbra-se o mecanismo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira. **A tutela coletiva e o fenômeno do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Frietas Bastos. 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). **Processo e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações Coletivas na Constituição de 1988**. In: Revista de Processo. n.61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. In: Gozzo, Débora; Ligiera, Wilson Ricardo (Orgs.). **Bioética e direitos fundamentais** São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadex, 33(7)13-54, set/out 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 12. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BENJAMIN. Antônio Herman. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. **A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais**. Joaçaba: Editora UNOESC, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Ações coletivas e o poder público**. In: Processos Coletivos. vol. 1, n. 5, 01 out. 2010. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/22-volume-1-numero-5-trimestre-01-10-2010-a-31-12-2010/105-acoes-coletivas-e-o-poder-publico>> Acesso em: 25 de outubro de 2017.

CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia” no direito privado**. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988.

CUNHA, Alcides Munhoz. **Evolução das Ações Coletivas no Brasil**. Revista da Procuradoria Geral da República, Brasília, n. 8, p. 246-258, jan./jun. 1996.

DIDIER JR, Fredie. (Org.) **Teoria do Processo – Panorâma Doutrinário Mundial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

_____. ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

_____. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Pedro. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito, **Os Trinta Anos da Lei da Ação Civil Pública: Alguns Aspectos Polêmicos**, REVISTA JURÍDICA ESMP-SP, V.7, 2015, p. 272.

FULLIN, Carmen Silvia. *Acesso à justiça: a construção de um problema em mutação*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Maria. *Mas, quais são os direitos fundamentais?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 39, p. 115-123, 2002.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries**. In. The American Journal of Comparative Law. n.51. Michigan: University of Michigan Law School, 2003.

_____. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta**. In. Revista de Processo. n.108. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. In. Revista de processo. n.101. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania**. In. Revista de Processo. n. 88. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. OSNA, Gustavo. **A Lei das Ações de Classe em Israel**. In. Revista de Processo. n.214. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos e soluções**. Niterói: Labor Júris, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Temas de Direito Processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

NUNES, Rizzatto. *As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo*. In. MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. (Coord.) **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

**O NOVO CÓDIGO COMERCIAL COMO REALIZADOR DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA: A MITIGAÇÃO DO REVISIONISMO
NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.**

**THE NEW COMMERCIAL CODE AS REALIZER OF THE CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF THE FREE INITIATIVE: THE MITIGATION OF REVISIONISM IN
BUSINESS CONTRACTS.**

Elielson Almeida

RESUMO: O presente trabalho inicia com uma abordagem do princípio da livre iniciativa, especificamente quanto à sua relação com a atividade empresarial, focando, mais especificamente, na questão da revisão dos contratos empresariais realizada com base na teoria da imprevisão e onerosidade excessiva, em que relativiza-se o princípio da livre iniciativa na busca de se promover a justiça. Observamos alguma impropriedade na aplicação revisão exatamente da forma como prevista no Código Civil, uma vez que as relações empresariais guardam certas particularidades que tornam aqueles parâmetros inadequados notadamente pelo fato de o risco ser algo inerente à atividade comercial e intervir no contrato a fim de minimizar os efeitos deste risco abalariam as bases das relações empresariais e violaria o princípio da livre iniciativa.

O presente artigo estuda, então, como algumas mudanças propostas no projeto de lei do novo Código Comercial poderiam contribuir para a realização do princípio constitucional da livre iniciativa, tanto do ponto principiológico, uma vez que o projeto apresenta o princípio da liberdade empresarial como princípio geral do direito comercial e elenca outros princípio, que seriam desdobramentos daquele, quanto ao trazer um tratamento especial à revisão de contratos empresariais. Em primeiro lugar porque traz princípios ao trazer princípios que devem ser observados em relação aos contratos empresariais e, em segundo lugar, ao adequar a aplicação revisão contratual no campo comercial, fazendo algumas ressalvas, das quais, para fins deste trabalho, destacaremos uma: o empresário não pode se opor à execução do contrato por superveniência de onerosidade excessiva quando tinha condições de se proteger, como é a prática do empresário diligente.

Palavras-Chave: Livre Iniciativa. Novo Código Comercial. Revisão Contratual. Contratos Empresariais.

ABSTRACT: The present work begins with an approach to the principle of free initiative, specifically regarding its relation with business activity, focusing, more specifically, on the issue of the review of business contracts carried out based on the theory of excessive and

excessive onerosity, when the principle of free initiative is put aside in the search for justice. We observe some impropriety in the application of the revision exactly as foreseen in the Civil Code, since the business relations keep certain peculiarities that make those parameters inadequate notably because risk is something inherent to the commercial activity and intervene in the contract in order to minimize the The effects of this risk would undermine the basis of business relations and violate the principle of free enterprise.

The present article examines how some of the changes proposed in the bill of the new Commercial Code could contribute to the realization of the constitutional principle of free initiative, both from the beginning, since the project presents the principle of business freedom as a general principle of commercial law and elenco other principles, which would be unfolding from that, as to bring special treatment to the review of business contracts. Firstly, because it brings principles to bring principles to be observed in relation to the contracts in the first place, and secondly, by adjusting the application of contractual revision in the commercial field, making some reservations, of which, for purposes of this work, we will highlight one: entrepreneur can not oppose the performance of the contract by reason of the excessively heavy costs when he was able to protect himself, as is the practice of the diligent businessman.

Keywords: Free Initiative. Brazilian New Commercial Code. Contractual Review. Business Contracts.

Introdução

O presente artigo tem o escopo de observar a contribuição que o projeto de lei Novo Código Comercial (PLNCC) traz à realização do princípio constitucional da Livre Iniciativa.

Embora tendo status de valor constitucional e mesmo de fundamento, este princípio tem sido deixado de lado no atividade judiciária quando confrontado com outros princípios constitucionais.

Analisaremos se o PLNCC funcionaria como uma ferramenta hábil para proporcionar condições para realização deste princípio, efetivando a sua força normativa, em especial no campo do direito comercial, com foco último na minimização da intervenção judicial nos contratos empresariais.

Para tanto, abordaremos a construção principiológica que o PLNCC faz em relação ao princípio da Livre Iniciativa e, posteriormente, focaremos nas mudanças que ele traz quanto à aplicação da teoria da imprevisibilidade nos contratos empresariais

O projeto não apenas declara-o como princípio geral do direito comercial, mas também assenta princípios derivados, como desdobramentos deste (e da liberdade de concorrência), com relação mais estreita com o direito comercial: o reconhecimento da

imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; do lucro obtido com a exploração regular de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada; da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país.

Após a análise da abordagem principiológica, focaremos em uma mudança específica que o projeto traz em relação à revisão de contratos empresariais com base na teoria da imprevisão, adequando as previsões existentes no Código Civil às peculiaridades da relação contratual no campo do direito comercial

O princípio da Livre iniciativa

Conforme a lição do Professor José Afonso da Silva, em seu curso de Direito Constitucional Positivo (SILVA, 2000) temos que:

“a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.”

No entender de Celso Ribeiro Bastos (BASTOS; MARTINS, 1990, p. 16) a livre iniciativa:

“é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa”

Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 66) preleciona:

”Em uma ordem econômica baseada na livre iniciativa privada as diferentes modalidades de sociedades empresárias assumem fundamental papel. São elas que agrupam diferentes quantidades de capitais e pessoas com o objetivo de viabilizar e maximizar o exercício das atividades de produção ou distribuição de bens ou de serviços com intuito lucrativo.”

Conforme Eros Roberto Grau (2005, p. 2003): “Uma das faces da livre iniciativa se expõe, ninguém o contesta, como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”.

Assim, lastreada no princípio da livre iniciativa que a Constituição adotou como fundamento da ordem econômica, a empresa dispõe de autonomia privada, indispensável à realização da atividade econômica.

Carlo José Napolitano (2004, pp. 191 e 192), adverte que a livre iniciativa “deve ser compreendida como a possibilidade, no campo econômico, de decidir o que fazer, como fazer e quando fazer, independentemente de autorização e determinação do Estado”, sendo caracterizada, nas palavras de Miguel Reale Júnior e David Teixeira de Azevedo (1995, p. 137 apud NAPOLITANO, 2004, p. 192), pela ‘livre eleição da atividade e dos meios de que se deve lançar mão na consecução da atividade econômica’.

Neste sentido, Milton Friedman (1984, p.23) defende que o mercado promove a eficiência econômica, uma vez que se garante a liberdade individual. Assim o estado teria o dever de manter essa liberdade, permitindo, dessa forma a existência da livre iniciativa e a livre concorrência, corrigindo distorções e assegurando a eficiência econômica, prevenindo ou resolvendo eventuais falhas de mercado, como um verdadeiro árbitro.

Para Américo Luís Martins da Silva (1996, p. 35), a liberdade de iniciativa seria a faculdade de escolher seu trajeto profissional e as atividades econômicas as quais exercer, sem nenhum tipo de coação ou qualquer interferência da parte do Estado. Consistiria, portanto, na possibilidade de de iniciativa individual, sem uma intervenção do Estado no jogo do mercado, como forma de obter o máximo de eficiência na produção de justiça na repartição do produto.

A liberdade de iniciativa consiste no direito de escolha da atividade econômica à qual exercer, desde que seja lícita, assegurando-se que o Estado não venha a interferir nesta escolha, tendo por pressuposto a liberdade de contratar, a liberdade de associação, de trabalho e o direito de propriedade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 72)

Breve histórico do princípio da livre iniciativa

Segundo Eros Grau (2003, p. 183) o surgimento do princípio da livre iniciativa se deu com o Édito de Turgot, em 1776, constando posteriormente no Decreto d'Allarde, em 1791, que previa, em seu art. 7º que “a partir de 1º de abril daquele ano, que seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo, contudo, ela obrigada a se munir previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis”. Posteriormente, ele foi reforçado pela Lei Le Chapeller, que banuiu todas as corporações.

No ordenamento brasileiro, ele tem origem na Constituição do Império, de 1824, que em seu art. 179, XXIV, garante que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos”.

A Constituição da República manteve menção ao princípio em seu art. 7º, § 24, que tornava “garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”.

Já a Carta de 1934 previa, em seu art. 115, o seguinte: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”

A Constituição de 1937, enunciou de forma expressa a iniciativa individual, entendendo-a como o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, ainda que tenha sido a primeira constituição a fazer referência à intervenção do Estado no domínio econômico.

A Constituição Federal de 1946 trouxe o princípio da liberdade de iniciativa em seu art. 145, destacando que devia ser conciliado com a valorização do trabalho humano.

A Constituição de 1967, consignou o princípio da livre iniciativa como base da ordem econômica, como se lê no seu art. 157, I.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, elevou a livre iniciativa a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), além de mante-lo como fundamento da ordem econômica (art. 170, caput)

A Livre iniciativa na Constituição

A livre iniciativa foi escolhida pelo constituinte de 1988 tanto como valor da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV) quanto como fundamento da ordem econômica (CF, art. 170). Ela deve ser compreendida como "vetor interpretativo das demais normas sobre a Economia". A partir desta escolha do constituinte, nota-se que o modelo econômico adotado foi o capitalista de mercado. (MORO, 2007, P. 221).

Ao ser "erigida à condição de fundamento da ordem econômica e simultaneamente princípio constitucional fundamental (CF, art. 1, IV), a livre iniciativa constitui uma das mais importantes normas de nosso ordenamento jurídico constitucional". (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 374)

A presença da livre iniciativa com o status em que se encontra no texto constitucional tem o objetivo de demonstrar que é por meio da empresa privada que o país se desenvolverá, tendo a atividade estatal um papel secundário (Bastos, 2000, p. 116).

Tavares (2011, p. 235), defende que a livre-iniciativa na Constituição deve ser compreendida em seu sentido amplo, que abrange não somente a liberdade econômica ou liberdade de desenvolvimento da empresa, mas contempla todas outras forma de organização econômicas, individuais e coletivas e a liberdade contratual e comercial.

Embora o princípio da livre iniciativa tenha sido insculpido no texto constitucional a sua realização na sociedade ainda não se observa de forma plena, como bem notou André Luiz Santa Cruz Ramos:

"Infelizmente, porém, nos dias atuais, o princípio da livre-iniciativa vem sendo relativizado progressivamente, muito em função de uma mentalidade anticapitalista que incrivelmente se desenvolve em muitas pessoas, sobretudo entre os chamados "intelectuais" e entre aqueles que nos dominam e nos exploram: os burocratas do Estado. (RAMOS, 2014, p. 44)

"(...) aumenta exponencialmente a intervenção do Estado na economia, criando-se um paradoxo inexplicável e injustificável. Princípios básicos do regime capitalista, como livre iniciativa e liberdade contratual, são solenemente desrespeitados (...). O Poder Judiciário se sente cada vez mais à vontade para intervir nos contratos, e relações empresariais simétricas sofrem pesadas limitações de um dirigismo contratual descabido. (...) O livre mercado, no Brasil (e no mundo também, infelizmente), vem sofrendo duros golpes, na medida em que se desenvolve esse estranho capitalismo de Estado. (RAMOS, 2014, p. 54)

O ambiente de negócios em nosso país tem se mostrado pouco favorável à iniciativa privada. O índice "*Doing Business*" do Banco Mundial coloca o Brasil na posição 125, bem

atrás de países como México e Chile, por exemplo. A segurança jurídica, em especial a força dos contratos é fator analisado pelo índice. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil>> Acesso em: 20 out. 2017.

Abaixo transcrevo matéria do jornal Estado de São Paulo que abordou o nível da mortalidade das empresas em nosso país:

Cerca de 1,8 milhão empresas fecharam as portas no País durante o ano passado. Esse número engloba companhias de todos os tamanhos e setores da economia, inclusive dados de microempreendedores individuais. O resultado é mais que o triplo do que foi registrado no ano anterior e mostra o tamanho da recessão no âmbito empresarial.

O total de empresas que encerrou atividades foi apurado pela Neoway, consultoria especializada em inteligência de mercado, a partir do cruzamento de dados reais de todas as juntas comerciais espalhadas pelo País e de informações obtidas no site da Receita Federal. As informações são monitoradas diariamente.

“O dado é preocupante: a mortalidade das empresas aumentou mais de 300% entre 2014 e 2015”, afirma Jaime de Paula, presidente da consultoria e responsável pelas estatísticas. Ele observa que a marca de 1,8 milhão de empresas desativadas em 2015 é a maior dos últimos cinco anos.

O executivo pondera que essa marca pode estar subestimada, já que existe um custo para encerrar a atividade na junta comercial e há empresários que, acuados pela crise, não têm recursos disponíveis para isso.

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,1-8-milhao-de-empresas-fecharam-em-2015,10000050202>

O revisionismo contratual no Direito Comercial

Passaremos a observar o fenômeno do revisionismo contratual que tem tomado corpo em nossa jurisprudência baseando-se majoritariamente na nas teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva. Sobre esse assunto assinala Sílvio Rodrigues:

"Na jurisprudência, por igual, tal tendência (aplicação da teoria da imprevisão) tem prevalecido, De fato, após algumas hesitações onde predominam arestos em sentido contrário, parece ter firmado orientação no sentido de se permitir a rescisão dos contratos, em virtude da excessiva onerosidade das prestações, oriunda de acontecimentos extraordinários e supervenientes, imprevisíveis por ocasião do negócio" (RODRIGUES, 1997, p. 23).

Pontes de Miranda chamou a atenção para o subjetivismo que envolve a teoria da imprevisão, uma que ao se prever, faz-se subjetivamente. Segundo ele, os autores confundem esta teoria com a cláusula *rebus sic stantibus* e afirma que o próprio nome "teoria da imprevisão" revela que os autores "nada queriam de preciso". "Nos congressos internacionais, a mistura de conceitos e as tiradas de meia-ciência têm chegado às raias do ridículo." (MIRANDA, 1959, p. 247).

A teoria da imprevisão foi adotada no nosso código civil em combinação com a onerosidade excessiva:

Da Resolução por Onerosidade Excessiva

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

No caso do direito comercial requer-se uma especial cautela para a incidência da teoria da imprevisão pois o risco é inerente à atividade empresarial.

É certo que, ao aplicar a teoria da imprevisão, busca-se a justiça, a minimização dos prejuízos excessivos de uma circunstância que não se contava. Todavia, a prática comercial adiantou-se à legislação em criar formas de minimizar riscos desta imprevisão. Hoje é natural que o empresário lance mão de instrumentos como o hedge, que tem o escopo de exatamente proteger o empresário dos riscos inerentes ao seu negócio.

Quanto à excessiva onerosidade, no campo do direito comercial é comum um empresário fechar um negócio com uma possibilidade ou mesmo uma certeza de onerosidade excessiva relacionada a esse contrato, mas mesmo assim o fazer por questões estratégicas para, por exemplo, ter uma empresa de grande prestígio no seu portfólio de clientes.

Sobre a revisão contratual no direito comercial é válido citar lúcida observação feita pelo professor Fábio Ulhoa Coelho:

As crescentes limitações à autonomia da vontade, que resumem a história do direito contratual, encontram certo paralelo nas sucessivas relativizações ao princípio da vinculação dos contratantes ao contrato. O brocardo “o contrato faz lei entre as partes” é uma derivação natural da plena autonomia da vontade. Se a pessoa teve a chance de contratar, ou não, de escolher o outro contratante e de discutir amplamente as cláusulas do contrato, ela não pode se furtar ao exato cumprimento do contratado. Como visto, o aumento da complexidade das relações econômicas e sociais acabou por tornar o princípio da autonomia da vontade insuficiente à disciplina do direito contratual; em paralelo, cada vez mais a jurisprudência e a lei foram aplacando a rigidez do princípio da vinculação ao contrato, no sentido de dispensar o contratante de cumprir a obrigação que havia assumido, no todo ou em parte (Guerreiro, 1978). Desenvolveram-se, então, teorias como a da imprevisão, com o objetivo de delimitarem as circunstâncias em que o juiz poderia se imiscuir no negócio jurídico com o objetivo de rever as cláusulas contratadas, em vista de um critério geral de justiça. Pela teoria da imprevisão, o contratante deve ser dispensado de cumprir a obrigação, sempre que fatos imprevisíveis a tornarem excessivamente onerosa, implicando vantagem excepcional para o outro contratante. Quando se trata de negócios civis ou de consumo, estas relativizações no princípio da vinculação dos contratantes ao contrato justificam-se. No entanto, sendo empresarial o contrato, somente em situações realmente excepcionais – e mesmo assim, desde que respeitadas as especificidades do direito comercial – pode o juiz rever as cláusulas contratadas. Em primeiro lugar, não basta, para autorizar a revisão judicial do contrato empresarial, a onerosidade excessiva de uma parte ou a vantagem extraordinária da outra. Nenhum contrato empresarial pode ser analisado isoladamente. É, aliás, muito comum, que o empresário realize negócios que, isolados, não lhe traz nenhum ganho pontual, mas que, no contexto de sua empresa, é extremamente vantajoso. Imagine que o empresário do ramo de segurança patrimonial celebre contrato com renomado banco, no qual o preço contratado pelos serviços é inferior aos custos para a prestação destes. Por que ele faria isto? Para ter no seu portfólio de clientes aquele banco. Mais que um contrato de prestação de serviços, trata-se de um investimento que aquele empresário está fazendo em sua empresa. Claro que não poderá, posteriormente, ir a juízo pretender a revisão do preço contratado, mesmo provando o prejuízo que este, pontualmente, lhe acarreta. Os empresários estão vinculados aos contratos que celebram entre eles em grau maior do que os trabalhadores e consumidores. A revisão judicial das cláusulas do contrato empresarial não deve neutralizar a regra básica da competição, que premia, com lucros. (COELHO, 2012, p. 69)

Um novo Código Comercial

Ives Gandra Martins e Fábio Coelho sobre a importância de se ter um novo Código Comercial argumentam:

”No campo do Direito, os códigos sistematizam as normas de determinados setores das relações sociais e econômicas, conferindo-lhes maior racionalidade. Para além do Direito, os códigos servem de poderoso instrumento de propagação de conceitos e valores.” (artigo publicado no Estadão)

Fábio Ulhoa Coelho alerta para o fato de que os valores do direito comercial têm sido deixados de lado pelos operadores do direito, precisando ser resgatados. Estes valores estariam esgarçados, havendo a necessidade de recosê-los, uma vez que compõem o tecido da disciplina. (RAMOS, 2014, p. 53)

No entender do professor, a edição de um novo Código Comercial atenderia a essa necessidade, especialmente se observar a nova realidade econômica, tendo assim o condão de fazer o direito comercial voltar ao centro dos debates, tanto no meio acadêmico quanto no Judiciário.

André Luiz Santa Cruz Ramos (2014) sinaliza que a proposta foi bem recebida nos meios jurídico, político e empresarial. Ele entende que um novo Código Comercial é necessário por, basicamente, dois motivos:

- (i) corrigir os tristes erros do Código Civil em relação ao direito empresarial e, sobretudo,
- (ii) defender o livre mercado.

O autor assevera, ainda, que a unificação legislativa realizada no Código Civil de 2002 acarretou sérios problemas para o direito comercial como, por exemplo

- Adotou-se uma mesma teoria geral para contratos cíveis e comerciais, desprezando-se a considerável diferença entre eles.
- Criaram-se normas gerais sobre títulos, a despeito da adoção, pelo Brasil, da Lei Uniforme de Genebra
- A sociedade limitada, outrora regida por normas mais flexíveis e enxutas passou a observar normas rígidas e burocráticas.

Ramos destaca que o simples fato de o projeto de novo código corrigir os erros advindos da unificação, que ressalte-se, foi copiada da codificação italiana ”fascista” de 1942 já evidencia a sua importância. (RAMOS, 2014, p. 53)

O novo Código Comercial como relaizador do princípio da livre iniciativa

O fato de um princípio estar previsto na Constituição por si só não garante que tal preceito será observado na prática social. São necessárias certas condições que favoreçam a realização do dispositivo, sejam de ordem moral, social, econômica, dentre outras. Hesse (1991, p. 19), embora defenda uma autonomia da pretensão de eficácia dos dispositivos constitucionais, reconhece a importância destas condições:

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

O jurista alemão sustenta que a realização destas tarefas seriam condição para a previsão constitucional transformar-se em força ativa. Seria necessária uma disposição em orientar a conduta conforme os ditames previstos no texto constitucional, uma vontade de concretizar o mandamento constitucional. (HESSE, 1991, p. 19)

Desdobramentos do princípio da livre iniciativa previstos no novo Código Comercial

O Código enumera desdobramentos do princípio da livre iniciativa com forma de fomentar sua maior efetividade na sociedade, conforme se lê:

Seção I – Dos princípios comuns

Art. 4º. São princípios do direito comercial comuns a todas as suas divisões:

I – Liberdade de iniciativa empresarial;

II – Liberdade de concorrência;

Parágrafo único. Decorre dos princípios da liberdade de iniciativa empresarial e da liberdade de concorrência o reconhecimento:

I - da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos;

II - do lucro obtido com a exploração regular de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada;

III - da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país.

Reconhecimento da imprescindibilidade da empresa privada

Ao reconhecer a imprescindibilidade da empresa privada o Código atesta o seu papel de importância na sociedade.

Arnoldo Wald, apresenta a empresa como o "coração da vida econômica e social da sociedade contemporânea" (mesma citação abaixo) e defendendo a sua importância importância expõe:

“uma vez ultrapassada a concepção de Estado-Providência, que desapareceu em todos os países, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, necessária e exclusivamente, de sua competência, amplia-se a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado, e como criadora de empregos e formadora de mão-de-obra qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados sem os quais a sociedade não pode prosseguir, e interlocutora ágil e dinâmica que dialoga constantemente com os consumidores de seus produtos”. (WALD, 2000 p. 53)

A empresa privada, ao desempenhar suas atividades, vai além de atender apenas interesses individuais, mas vai ao encontro de interesses gerais da sociedade. (FERREIRA, 2005, pp. 67-85)

A empresa tem sua posição legitimada na sociedade exatamente pelo fato de contribuir para o bem comum. Tal contribuição advém, em primeiro lugar, da sua própria finalidade específica, como a utilidade dos bens e serviços que produz e vende à sociedade, que representam uma vantagem em termos de custo-benefício. Essa é a sua principal contribuição, na qual é insubstituível. Mas além dessa, podemos destacar outras notáveis contribuições à sociedade, como a geração de emprego e renda, o pagamento de tributos e o desenvolvimento tecnológico. (SULMONT, 2011).

Orlando Gomes (ano, p.66) preconiza que a empresa não deve ser vista somente na área do Direito Comercial pois, para ele, a empresa “se coloca no centro do sistema do direito privado, tomando corpo justamente quando mais aguda se torna a crise do direito de propriedade e, por conseguinte, a da categoria do direito subjetivo”.

Waldírio Bulgarelli (2000, p. 291) nos chama a atenção para o fato de que a empresa privada domina o panorama da economia moderna, em especial, por ser ela a responsável pela produção e comercialização, destacando os grandes avanços tecnológicos

que esta atividade nos legou. Ele ressalta a importância tanto da chamada *macroempresa*, que detém um grandioso poder econômico e que transpõem as fronteiras nacionais, quanto da pequena e média empresas que, no seu entender, completam o ciclo da produção e distribuição dos produtos no mercado. Assim, ele defende que "a economia moderna está estruturada em volta de empresas que constituem o seu centro, o pólo irradiador dos bens e serviços."

Isabel Vaz (1992, p. 17) observa que "a empresa assume o papel de célula social catalisadora de aspirações, de anseios de prosperidade; de credora e, ao mesmo tempo, devedora da comunidade.

"Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa." Aduz Fábio Konder Comparato (1983, p. 57) ressaltando que é da empresa que depende subsistência de grande parte do país, que é assalariada por empresas privadas, da empresa que se originam a quase totalidade dos bens e serviços consumidos pela sociedade, e é da sociedade que provém a maior parte das receitas com os tributos. Ele salienta, ainda, que, em torno da empresa "gravitam" outros agentes econômicos não assalariados como investidores, fornecedores e prestadores de serviço. Além disso, ele observa a importância da empresa no comportamento de outras instituições e grupos sociais, que, até pouco, estavam distantes da vida empresarial, como as escolas, universidades, hospitais, centros de pesquisa médica, associações artísticas, clubes esportivos, profissionais liberais e as forças armadas. Sublinha que esse universo outrora distanciado do mundo dos negócios tem sido abrangido pela atuação da empresa.

Hodiernamente, a empresa, especialmente a grande empresa vai além dos interesses privados, posto que ela se coloca como conciliadora de diversos interesses como de investidores, administradores, empregados, consumidores, do mercado e do Estado. (WALD, 2012, p. 35)

A empresa constitui-se em um importante elemento na economia, gerador de riqueza e estritamente relacionada ao funcionamento do mercado, detendo papel central na sociedade. (WALD, 2012, p. 35)

Vale a pena destacar o entendimento de Giuseppe Ferri (FERRI apud REQUIÃO, 1895. p. 47), segundo o qual "a produção de bens para o mercado não é consequência da

atividade acidental ou improvisada, mas sim de atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos, que se concretizam da organização de fatores de produção e que se propõem a satisfação das necessidades alheias, e, mais precisamente, das exigências do mercado geral, tomam na terminologia econômica o nome de empresa"

Contemporaneamente não é mais possível se distinguir o econômico do social uma vez que estes dois interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, que segundo Wald é o "núcleo central da produção e criação de riquezas, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo" (WALD, 2005, p.2).

O reconhecimento do lucro como o principal motivador

Ives Gandra Martins e Fábio Ulhoa Coelho lembram que o lucro tem sido visto quase como um pecado, e não se leva em conta que ele é o principal motivador da atividade empresarial. Não se tem reconhecido a importância para a sociedade da decisão do empresário em assumir o risco da produção de bens e serviços, decisão esta que proporciona à sociedade o vestuário, a alimentação, remédios, transporte etc. Os autores destacam que o novo Código Comercial prestará contribuição para a afirmação destes valores, nos tribunais e fora deles. (<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-importancia-do-codigo-comercial,10000058530> Gandra e Coelho)

Sobre a importância do reconhecimento do lucro como principal motivador da atividade empresarial convém citar a fala de Ludwig von Mises

"Quando os que se autodenominam 'progressistas' usam a palavra lucro, o fazem enfurecidos e raivosos. Para eles o ideal seria que não existisse o lucro. O empresário deveria servir o povo altruisticamente, em vez de tentar obter lucros. Deveria não ter lucro ou se contentar com uma pequena margem sobre os seus custos. Nenhuma objeção é feita se ele tiver que suportar prejuízos. Mas a motivação para o lucro da atividade empresarial é precisamente o que dá sentido e significado, orientação e direção à economia de mercado baseada na propriedade privada dos meios de produção. Eliminar a motivação pelo lucro equivale a transformar a economia de mercado numa completa desordem." (RAMOS apud MISES, 2014 p. 58)

Ao definir o Direito Comercial, Rubens Requião (2007) o especifica como "o conjunto de normas jurídicas que regulam as transações econômicas privadas empresariais que visam à produção e à circulação de bens e serviços por meio de atos exercidos profissional e habitualmente, com o objetivo de lucro. Deixa, assim, bem claro que a motivação da atividade, o objetivo último é o lucro.

André Santa Cruz Ramos (2014, P. 50) ressalta a falta de compreensão que se tem quanto ao fato de que a contribuição que a empresa dá à sociedade, tanto no campo econômico quanto social, advém, exatamente da sua busca pelo lucro: "Para muitos, é difícil entender que a função primordial de uma empresa é gerar lucros e que a geração de lucros, em última análise, é que permite o funcionamento sadio do mercado e o verdadeiro desenvolvimento econômico e "social".

Reconhecimento da proteção jurídica ao investimento

Fábio Ulhoa Coelho (2013, P. 55) ressalta que uma vez que se garante a proteção jurídica do investimento não se está a atender, apenas, aos anseios do empresário mas se contempla os interesses de toda a sociedade.

Ele enfatiza que, em caso de conflito entre os interesses individuais do investidor, consubstanciados, basicamente na obtenção de lucro, com o aqueles concernentes a toda a sociedade, prevalece a proteção do interesse da sociedade.

Lembra que, quando a Constituição fundamenta o modo de produção na livre iniciativa, está buscando amparar os interesses da sociedade e não só do empresário, haja vista a associação que faz do princípio com outros valores da ordem econômica.

É fundamental que o investimento esteja protegido pelo sistema jurídico, dado que contribui de forma direta para a prosperidade coletiva, manifestando-se tanto em incentivos fiscais, diminuição da burocracia e no tratamento digno à atividade empresarial, sendo reconhecida como instrumento de realização da cidadania, seja de seus integrantes, empregados, parceiros e, em última análise, de toda a sociedade. (DALLEGREVE NETO, 2007)

Gilmar Ferreira Mendes (2011, P. 771) leciona que, dada a imprevisibilidade inerente ao ato de investir, com maior ou menor grau de risco, a segurança das “regras do jogo” é fator indispensável para os investidores que se aventuram nos mais diversos empreendimentos. A segurança jurídica, no seu entender, é subprincípio do Estado de Direito e “assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça.”

No mundo globalizado, as economias disputam por investidores internacionais e faz diferença para a atração ou não do capital externo o nível de aperfeiçoamento do direito comercial local no tocante à proteção jurídica ao investimento privado. Caso contrário, outros países com ordenamentos jurídicos mais favoráveis atrairão tal investimento, em especial quando se trata de investidores mais conservadores. Portanto, é fundamental para a atração de investimentos em nosso país que se aumente a segurança jurídica do direito comercial. (2017, Revista de Direito Brasileira | São Paulo, v. 16, n. 7, p. 292)

Princípios aplicáveis aos contratos empresariais no Novo Código Comercial

O projeto do novo Código Comercial define princípios aplicáveis aos contratos comerciais:

Seção III – Dos princípios aplicáveis aos contratos empresariais

Art. 6º. São princípios aplicáveis aos contratos empresariais:

I – autonomia da vontade;

II – plena vinculação dos contratantes ao contrato; e

III – reconhecimento dos usos e costumes do comércio.

A autonomia da vontade

A autonomia da vontade é conceituada por Maria Helena Diniz (2011, p. 40) como "o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica."

No entender de Francisco Amaral (2008, p. 328), o princípio da autonomia da vontade é o poder que o indivíduo dispõe de definir, a partir da sua vontade, as regras das relações em que tomam parte, estipulando os termos e a disciplina jurídica correspondente.

Para ele, ela manifesta “um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado, da circulação dos bens por meio de troca e de que o instrumento jurídico próprio é negócio jurídico.” (AMARAL, 2008, p. 338)

Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 17) entende a autonomia da vontade como a possibilidade, dentro de certos limites, que os indivíduos têm de solucionar seus conflitos, associar-se, trocar bens e dinamizar a vida em sociedade. Para atingir tal finalidade os particulares vinculam-se juridicamente por intermédio da vontade

Conforme a lição de Luigi Ferri (1969, pp. 3-6), concluímos que a autonomia da vontade tem um sentido subjetivo ou psicológico, uma vez que a vontade que se cuida aí é a verdadeira vontade de um sujeito de direito, não necessariamente o que foi externado (que pode conter um vício de consentimento, não correspondendo ao real querer).

Nessa linha, Natália Berti (2014, p. 83) de igual forma, indica que “a autonomia da vontade está diretamente relacionada a elementos subjetivos, etéreos, baseados na psique dos contratantes”. Ela seria o poder do particular determinar e gerir os termos jurídicos referentes à sua contratação, livre de intervenções. O contrato se dá em uma “esfera de livre ação dos particulares”.

A opção do PLNCC em positivar a autonomia da vontade como um princípio aplicável aos contratos é fundamental ao preservar esse importante componente do contrato, como indica Lacruz Bardejo (1987, p. 27), o contrato é “o resultado de uma interação entre a vontade privada supostamente egoísta e a lei que cuida dos interesses comuns.

No mesmo sentido temos o entendimento de Diez-Picazo (ANO? Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, cit., p. 126), para quem o princípio da autonomia privada é o fundamento mais profundo dos contratos. Importa mencionar os principais reflexos da autonomia da vontade no direito privado apontados por Cláudia Lima Marques (2011)

“(a) o reconhecimento da ampla liberdade contratual (liberdade de forma das convenções, livre estipulação de cláusulas, possibilidade de criação de novas figuras contratuais); (b) a consagração da força obrigatória dos contratos; (c) a teoria dos vícios de consentimento, visando a um ajuste que refletisse com lealdade a fusão das vontades das partes.”

O próprio negócio jurídico é, na verdade, uma manifestação do princípio da autonomia da vontade. Esta, por sua vez, é o poder que se reconhece aos indivíduos para se auto-regulamentar e definir a ordenação das relações jurídicas que detêm uns como os outros. Este autogoverno é manifesto "na realização de negócios jurídicos, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo." (PINTO, 2005, p. 102)

A autonomia da vontade pode ser então entendida como liberdade negocial e para Ana Prata ela "traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (...) realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos." (PRATA, 1982, pp. 7-11)

Mises e Hayek (1998, p. 544) defendem que é inerente ao contrato a função de ordenamento social, em especial, quando se trata de uma economia liberal. É, portanto, necessário que as partes possam agir livremente, pois elas sabem exatamente o que lhes interessa. A partir dessa aparente desordem e caos é que surge "uma ordem social mais eficiente".

Plena vinculação dos contratantes ao contrato

Quando as partes, a partir de sua livre vontade, contratam entre si, este contrato, conforme leciona Maria Helena Diniz (1994), passa a fazer parte do ordenamento jurídico como uma verdadeira norma de direito, justificando o princípio do *pacta sunt servanda*.

De igual modo, Orlando Gomes (1979, p. 40) sentenciou que o "*O princípio da força obrigatória dos contratos consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes.*" Ele orienta que *que uma vez que fora celebrado seguindo todos os requisitos e pressupostos, os contratantes se vinculam aos seus termos como a "preceitos imperativos."*

Sílvio Rodrigues (2003, p. 17) constrói raciocínio semelhante quando afirma que: "O princípio da força vinculante das convenções consagra a ideia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido." Ele defende que o contrato passa a funcionar como uma "lei privada entre as partes". E os contratantes passam a estar vinculados ao contrato de com uma "força vinculante igual à do preceito legislativo ...".

O contrato, todavia, tem sido alvo de um movimento de relativização haja vista as mais diversas investidas que tem experimentado desde o dirigismo contratual até as teorias da imprevisão ou da onerosidade excessiva. Continuou mantendo-se como importante instrumento da manifestação das vontades individuais. No dizer de Gagliano e Pamplona Filho:

Trata-se, em verdade, da espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, consistindo, sem sombra de dúvidas, na força motriz das engrenagens sócio-econômicas do mundo. Desde os primórdios da civilização [...] o contrato passou a servir, enquanto instrumento por excelência de circulação de riquezas, como a justa medida dos interesses contrapostos. [...] poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto às que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista. [...] nenhum instituto jurídico é socialmente tão adaptável. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006)

No direito comercial, em especial, é decisivo o reconhecimento da vinculação dos contratantes ao contrato, frente às teorias que relativizam o contrato, notadamente pelo fato de o risco ser inerente à atividade comercial, diferente do que ocorre nas relações entre particulares ou no caso do consumidor. O empresário, ao firmar o contrato está ciente de que assume certos riscos e vai contra a própria essência do negócio, uma vez ocorrido o evento que se suspeitava pouco provável, levar esse contrato ao judiciário a fim de uma revisão.

No campo comercial, regra geral, os ganhos são diretamente proporcionais aos riscos. Fere o princípio da boa-fé o empresário que contrata em alto risco na expectativa de um ganho excessivo alegar, frustrada suas ambições, onerosidade excessiva no contrato. Uma intervenção sistemática do judiciário nesse sentido tende a corroer as bases da própria atividade comercial repercutindo e incentivo negativo para se contratar e mesmo no repasse dos ^risco de contratar^ por meio do aumento dos valores dos produtos ofertados à sociedade.

Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 166) reconhece, no âmbito do Direito Comercial, o princípio da Plena vinculação dos contratantes ao contrato, que consiste em uma "especial força obrigatória dos efeitos do contrato", que apenas poderia ser afastada em casos excepcionais.

Para o autor, os empresários vinculam-se aos contratos que pactuam entre si em grau maior que os trabalhadores e consumidores. A revisão contratual no direito comercial deve observar essa especificidade dos contratos desse campo do direito, nas palavras do autor:

”Os empresários estão vinculados aos contratos que celebram entre eles em grau maior do que os trabalhadores e consumidores. A revisão judicial das cláusulas do contrato empresarial não deve neutralizar a regra básica da competição, que premia, com lucros, o empresário que adotou a decisão empresarialmente “acertada”, e pune, com prejuízos ou mesmo a falência, o que adotou a decisão “equivocada.” (COELHO, 2013, p. 70)

Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 377) discorre sobre a intangibilidade do contrato, expondo a regra geral de que não se pode alterar de forma unilateral os termos de um contrato nem mesmo o judiciário poderia fazê-lo. Tal concepção advém de que os contratantes firmaram o contrato de forma “livre e espontânea”, vinculando-se à obrigatoriedade do seu cumprimento, conforme seu querer.

Venosa (ANO?, p. 25) entende que a intervenção judicial no contrato deve limitar-se ao aparecimento de um “elemento surpresa”, uma “circunstância nova”, no decorrer do contrato, que exponha uma das partes a “extrema dificuldade”, acarretando onerosidade excessiva no cumprimento do contrato. Tal situação não necessariamente significaria um benefício da outra parte. Todavia, ele aponta, seria necessário, nesse caso, a resolução do contrato ou alguma modificação a fim de promover condições para o seu cumprimento. Venosa, Silvio de Salvo. Teoria Geral dos Contratos, 2º volume, p. 25

O autor (VENOSA, 2007, pp. 432 e 433) chama ainda a atenção para o fato que a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva não pode “servir de panaceia para proteger o mau devedor”. Ele adverte que o juiz deve “usar de extrema cautela para admitir a intervenção”.

Venosa (2003, p. 462) assevera que “O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades mezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre a uma situação futura, um porvir.” Ele ressalta que os contratantes, ao firmarem o negócio estão vislumbrando exatamente repercussões futuras que têm algum nível de previsibilidade mas, sobre as quais não se tem total controle sobre a sua realização. (Destaco que esse componente é inerente à própria atividade empreendedora).

Para que o judiciário venha a interferir na relação contratual, Venosa (2003) assinala que a situação deve estar fora de todas as possibilidades de previsibilidade e adverte ainda que tal intervenção apenas faz sentido nos contratos que se protraem no tempo, não tendo qualquer cabimento em contratos com execução imediata.

É importante trazer o pensamento de Humberto Theodoro Júnior sobre a vinculação dos contratantes ao contrato, a despeito dos movimentos relativizadores desta força vinculante:

”Mesmo vestido com as modernas indumentárias principiológicas, o contrato não pode deixar de ser o fruto da força criativa e livre da vontade, nem tampouco pode ser privado de sua natural e necessária força obrigatória entre os contratantes, e muito menos pode transformar-se em fonte de obrigações para quem da convenção não participou. É claro que a área dos preceitos e princípios de ordem pública muito se alargou e que os princípios clássicos do contrato tiveram suas dimensões reduzidas. Não foram, porém, anulados. Assim é que, não obstante ter de submeter-se aos imperativos da boa-fé, da função social e do equilíbrio econômico, o contrato continua a existir “para vincular as pessoas” e “fundamentalmente ser cumprido”. E a vontade que sempre haverá de prevalecer, dentro da licitude dos contornos da nova principiologia do contrato, será declarada pelos contratantes e não a do juiz ou de qualquer outra autoridade que se credencie a fiscalizar a vida negocial. (THEODORO JÚNIOR, 2004)

Vale lembrar o que adverte Fábio Ulhoa Coelho (2009, p.16) quanto à movimentação do investimento na economia globalizada que ocorre em direção aos países com a melhor “direito-custo”. Grandes empreendimentos tendem a preferir instalar-se onde a legislação local assegura maior estabilidade nas relações contratuais. A preservação dos contratos, com o mínimo de ingerência externa tende a ser uma vantagem competitiva: “Quanto maior a liberdade reconhecida pela ordem jurídica para os próprios agentes econômicos definirem, por contrato, seus direitos e obrigações, maior será a atração de investimentos.”

Reconhecimento dos usos e costumes do comércio

Dada sua dinâmica própria, o direito comercial tem nos usos e costumes do comércio uma importante fonte. Na Lei das sociedades comerciais, Lei 8.934 de 1994, temos que é incumbência das juntas realizar o assentamento das práticas comerciais.

Nas relações comerciais no âmbito internacional tem grande preponderância a Lex Mercatoria, que consiste no sistema baseado nas práticas consagradas na atividade comercial.

André Luiz Santa Cruz Ramos lembra que os usos costumes tem a ver com a própria origem do direito comercial:

Não foi à toa que o direito comercial nasceu como um direito consuetudinário, a partir da compilação dos usos, costumes e práticas mercantis dos mercadores burgueses medievais. O genuíno direito comercial é a Lex Mercatoria, isto é, a regra que nasce da interação livre e voluntária dos que se dedicam ao exercício de atividade econômica. (RAMOS, 2014, p. 54)

Carvalho de Mendonça (1937, p. 180) ensina que "usos comerciais são as normas ou regras observadas uniforme, pública e constantemente pelos comerciantes de uma praça e por estes consideradas como juridicamente obrigatórias para, na falta da lei, regularem determinados negócios."

Usos e costumes são por vezes tomados como sinônimos mas há doutrinadores que distinguem os termos. Requião em relação a este tema faz a seguinte observação:

"Os comercialistas, em consequência do reconhecimento dos usos e costumes como fontes do direito comercial, formularam teoria para estabelecer os princípios que asseguram legitimidade à sua aplicação. Na linguagem corrente, como observa o Prof. Lagarde, não se faz distinção, inclusive na jurisprudência francesa, entre as expressões usos e costumes. Alguns autores, todavia, procuram distingui-las, vendo nos costumes uma regra mais imperativa do que os usos, os quais seriam simplesmente convencionais." (REQUIÃO, 2003, p. 29)

Ao trazer o reconhecimento dos usos e costumes do comércio como princípio aplicável aos contratos empresariais, o PLNCC confere status jurídico a uma série de preceitos que já são observados na prática da atividade empresarial.

Ressalvas à aplicação da revisão contratual por onerosidade excessiva

O PLNCC trata especificamente para tratar da revisão do contrato empresarial estabelecendo limitações ao revisionismo:

Art. 288. As obrigações contraídas pelo empresário somente podem ser revistas em juízo, quando cumulativamente:

I – classificarem-se como de execução continuada ou diferida;

II – verificar-se a superveniência de fatos imprevisíveis e extraordinários;

III – seu cumprimento implica onerosidade excessiva para uma parte com vantagem excepcional da outra.

§ 1º. A revisão judicial de obrigação empresarial não pode privá-la totalmente de eficácia, nem importar sua completa extinção.

§ 2º. A revisão judicial de qualquer cláusula do contrato empresarial não cabe se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários.

§ 3º. Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia ter sido feita em razão de segredo de empresa e for falsa a informação prestada.

§ 4º. O empresário que contraiu obrigação de entregar produto ou mercadoria não tem direito à substituição da prestação por pagamento em pecúnia, alegando variação na cotação do preço.

Nos incisos temos, praticamente, reprodução do que está previsto no Código Civil (art. 478). A inovação vem nos parágrafos, que adequam a teoria da onerosidade excessiva e imprevisibilidade à realidade das relações empresariais os quais serão analisados a seguir:

§ 2º. A revisão judicial de qualquer cláusula do contrato empresarial não cabe se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários.

Ao longo da história do contrato, este experimentou as progressivas limitações que foram impostas autonomia da vontade, ao lado de um processo de relativização do princípio da vinculação dos contratantes ao contrato. A partir da autonomia da vontade se chega à idéia de que o contrato faz lei entre as partes. Uma vez que a escolha de contratar foi tomada de forma livre pelo indivíduo, que ele optou por contratar com a outra parte por decisão própria e pode negociar exaustivamente os termos contratuais, não há espaço para esquivar-se executar estritamente os termos contratados. (COELHO, 2013, p. 69)

Deve-se observar que a autonomia da vontade nos contratos empresariais é muito mais evidente que em contratos de consumo ou de trabalho, por exemplo, uma vez que o

empresário tem maiores condições de realizar de realizar suas escolhas sobre contratar ou não, com quem contratar e sobre os termos do contrato.

O professor Fábio Ulhoa Coelho aborda a autonomia da vontade nos contratos empresariais, destacando as diferenças existentes neste campo do direito:

O princípio da autonomia da vontade, quando pertinente a contrato empresarial, articula-se com os da livre-iniciativa e livre concorrência. Empresários devem ser livres para contratar segundo suas vontades porque a liberdade de iniciativa estrutura o modo de produção capitalista. Ademais, a liberdade de contratar dos empresários não pode ser restringida, para que, assim, a competição empresarial possa gerar, à coletividade, os benefícios esperados de redução dos preços e aumento da qualidade dos produtos e serviços. No contrato entre empresários (contratos empresariais), ao contrário do que se verifica no contrato de trabalho e no de consumo, a autonomia da vontade ainda é bastante ampla, porque, em geral, as partes podem escolher entre contratar ou não, com quem contratar e negociam livremente as cláusulas do contrato. (COELHO, 2013, p. 68)

No campo dos contratos empresariais há peculiaridades que desaconselham uma revisão contratual fundada na imprevisibilidade sem levar em conta as características da relação. Como foi dito, é da essência da atividade empresarial a existência de risco, em maior ou menor grau. O risco está intimamente ligado à ideia de lucro, guardando com este uma relação de proporcionalidade direta, regra geral.

A própria prática comercial, antecipando-se à legislação e ao judiciário, criou mecanismos de aplacamento desta imprevisibilidade da ocorrência de uma onerosidade excessiva, tendo o empresário, hoje em dia, condições de se proteger, contratualmente, deste risco, como é o caso dos contratos de hedge, por meio do qual o empresário pode se proteger da variação dos preços de um insumo, por exemplo.

Desconsiderar tais especificidades na revisão de contratos e aplicar a teoria da imprevisão exatamente como está no Código Civil, sem se ater às características próprias da atividade empresarial gera profunda insegurança jurídica em nossa ambiente de negócios. Sobre este tema convém expor, novamente, o ensino de Fábio Ulhoa Coelho (2013):

Ademais, também é insuficiente, para a revisão judicial dos contratos empresariais, a mera imprevisibilidade do fato superveniente que frustrou a expectativa de um dos contratantes. É necessário compatibilizar-se, no campo do direito contratual empresarial, a teoria da imprevisão com a regra básica da competição (que premia as decisões acertadas e penaliza as equivocadas). A revisão judicial de contrato empresarial não pode nunca servir à neutralização dos efeitos de qualquer decisão empresarial equivocada do contratante. Imagine que certo industrial brasileiro tenha

contratado a exportação de suas mercadorias, por preço fixado em dólar, e, junto a um banco nacional, financiou esta operação, recebendo antecipação em reais do valor da exportação. Se, em seguida à celebração do contrato, o governo norte-americano promove acentuada desvalorização do dólar, quando o exportador brasileiro receber o pagamento das mercadorias, terá em mãos um valor em reais inferior ao que lhe foi antecipado pelo banco, ficando, perante este, devedor da diferença. Ora, mesmo no caso de a forte desvalorização da moeda norte-americana ser considerada “fato imprevisível”, não haverá fundamento para a revisão do contrato firmado entre exportador e banco. Isto porque a decisão empresarialmente correta, ao assumir qualquer crédito ou compromisso sujeito à variação cambial, consiste na utilização de instrumentos financeiros que neutralizam os efeitos desta (hedge). Se o industrial do exemplo não se protegeu devidamente, com um destes instrumentos.

Conclusão

Embora o constituinte tenha dado atenção especial ao princípio da livre iniciativa vimos que a prática está longe de alcançar o destaque conferido pelo texto constitucional, havendo um profundo descompasso entre a previsão constitucional e a realidade.

O PLNCC cria condições para aplicação da livre iniciativa no âmbito do direito comercial, uma vez que o adota a liberdade de iniciativa empresarial como princípio geral do direito comercial.

Para tanto, O PLNCC elabora toda uma construção principiológica a partir do princípio da liberdade de iniciativa, cristaliza seus importantes desdobramentos para atividade empresarial.

É reconhecida a imprescindibilidade da empresa privada. Ao fazê-lo o Código atesta o seu papel de importância na sociedade. A empresa tem sua posição legitimada exatamente pelo fato de contribuir para o bem comum. Tal contribuição advém, em primeiro lugar, da sua própria finalidade específica, como a utilidade dos bens e serviços que produz e vende à sociedade, que representam uma vantagem em termos de custo-benefício. Essa é a sua principal contribuição, na qual é insubstituível.

Reconhece o Lucro como o principal motivador da atividade empresarial e, assim, superam-se visões negativas que se contruíram sobre a busca pela lucratividade e se

reconhece que grande parte da contribuição que a atividade empresarial traz à sociedade advém, exatamente da busca pelo lucro.

O reconhecimento da proteção jurídica ao investimento é importante para que haja um ambiente estável para os negócios e atrativo para os investimentos. Tal reconhecimento tem repercussão não apenas para os empresários mas para toda a sociedade.

O Código define princípios aplicáveis aos contratos empresariais, particularizando a utilização deste importante instrumento jurídico no campo do direito comercial.

O primeiro princípio destacado é o da autonomia da vontade. Tal iniciativa é assaz valiosa uma vez que nos contratos empresariais temos uma autonomia da vontade mais plena que, por exemplo, em contratos de consumo ou de trabalho. O Empresário tem total liberdade para escolher se vai contratar, com quem contratar e o que contratar.

Em seguida elenca o princípio da plena vinculação ao contrato e, particularmente, este venha a ser o princípio que mais se aproxima à questão posta: a mitigação do revisionismo contratual empresarial. Este princípio tem sido sistematicamente relativizado desde o dirigismo contratual até a teoria da imprevisão acrescentando-se ao valor das transações comerciais hoje em dia o risco judiciário, pois não se tem ao certo o que o contrato firmado pode vir a se tornar amanhã.

Por último, apresenta-se o princípio do reconhecimento dos usos e costumes do comércio. Tal princípio alinha-se perfeitamente à realidade da atividade comercial em que os usos e costumes cumprem papel preponderante. A própria legislação comercial tem sua origem nos usos e costumes. No comércio internacional é indiscutível o papel da Lex Mercatória no norteamento da prática empresarial e resolução de conflitos.

Por fim, analisamos as ressalvas apresentadas pelo PLNCC quanto à aplicação da resolução de contratos com base na onerosidade excessiva, em especial o dispositivo que prevê que não assiste direito a tal instituto o empresário que, ao contratar, tinha plena condições de se proteger quanto a riscos de onerosidade excessiva supervenientes. Tal ressalva é importante pois se afina com a própria essência da atividade empresarial à qual risco é inerente. Não faz sentido o judiciário intervir a fim de minimizar prejuízos excessivos no âmbito do contrato quando já existem mecanismos à disposição dos empresários próprios a esse fim.

A boa prática empresarial adverte quanto a serem tomados certos cuidados a fim de que o empresário se proteja no decurso da relação contratual, como os contratos de hedge, por meio dos quais o empresário pode se proteger da variação dos preços de um insumo, por exemplo.

Concluimos que uma eventual aprovação do PLNCC pode contribuir para a criação de condições para um maior efetivação do princípio da livre iniciativa, em especial no âmbito empresarial. Ao desmembrar repercussões deste princípio específicas ao direito comercial e, em especial ao conferir maior estabilidade aos contratos empresariais, mitigando o revisionismo contratual nos casos em que não se adequa à própria essência da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. Malheiros, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2001, p. 374) ARAÚJO, Luis Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Celso Barros Editor, 2000.

BERTI, Natália. **Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque Sob o Paradigma da Pós-Modernidade**.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas, empresas e estabelecimento comercial: estudos das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresa e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, abordagens às sociedades civis e cooperativas**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CELSO RIBEIRO BASTOS, IVES GANDRA MARTINS, “**Comentários à Constituição do Brasil**”, vol. 7, São Paulo, Saraiva, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial**, Vol. 3, 10ª Edição, 2009, Ed. Saraiva

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 1: direito de empresa, 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. a. XXII, n. 50, 1983.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DALLEGREVE NETO, José Affonso. **Compromisso Social da Empresa e Sustentabilidade – Aspectos Jurídicos**. São Paulo: Revista LTr. Vol. 71, n. 03, Março de 2007..

Diez-Picazo, **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**, I.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Jussara S. Assis B. Nasser. **Função Social e Função Ética da Empresa**. Revista Jurídica da Unifil, Londrina, a.2, n.2, 2005.

FERRI, Luigi. **La Autonomia Privata**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 2. ed. rev., atual., e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 72) GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol.4. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2013

GOMES, Orlando. **Comercialização do Direito Civil, Direito Econômico**. p. 66 São Paulo : Saraiva, s.d.

GOMES, Orlando. **Contratos**, 7ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979,

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

WALD, Arnaldo. **O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional**. In : Revista de Direito Mercantil. [s.l. : s.n.] v. 98, s./d. 1 WALD, Arnaldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional, p. 53. 2

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,1-8-milhao-de-empresas-fecharam-em-2015,10000050202>

<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-importancia-do-codigo-comercial,10000058530>
Gandra e Coelho

J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, **Tratado de Direito Comercial**, Vol. VI, 3a Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937.

Lacruz Berdejo, J. L., **Derecho de Obligaciones, Teoría General del Contrato**, Bosch, Barcelona, 1987.

Lorenzetti, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar. **A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil**: Elemento Fundamental para Garantir Segurança Jurídica ao Investimento Estrangeiro. In: Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial. Volume VIII. Arnaldo Wald (org). São Paulo. RT, 2011.p.771

MIRANDA, Pontes de 1959. **Tratado de Direito Privado**. 2a edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, tomo XJY, 1959, p 247

MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. Coordenador Geral Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

NAPOLITANO, Carlo José. **Do princípio da livre iniciativa na Constituição Federal de 1988**. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos. Divisão Jurídica. Faculdade de Direito de Bauru. p. 191-196, mai./ago. 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Atualidades. Análise econômica do direito e a regulamentação das sociedades empresariais brasileiras:** entre a autonomia da vontade e a estrita legalidade. Revista de direito mercantil: industrial econômico e financeiro. v. 45, n. 142, p. 66-79, abr/jun. 2006.

PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 2005, p. 102)

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.** Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 7-11.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado.** 4a Ed. São Paulo, Método, 2014. P 54

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de Direito Comercial.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 2 vols.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade,** 29ª ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p.17).

SILVA, Américo Luis Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica,** Rio de Janeiro: Lumen Juris 1996

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 17ª Edição, São Paulo. Melhoramentos, 2000

SULMONT, 2011). SULMONT, Denis. **La empresa: una mirada sociológica.** Disponível em:

<<http://departamento.pucp.edu.pe/cienciassociales/images/documentos/EmpresaUnamiradaDe nisSulmont.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2011.

TAVARES, 2011, p.235). TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: Método, 2011

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades.** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil,** Vol. 2, 7ª Edição, 2007, Ed. Atlas.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Venosa, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral dos Contratos**, 2º volume, 2011

WALD, Arnoldo. **Direito civil:** responsabilidade civil, vol. 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WALD, Arnoldo. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XIV, livro II.

A APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* AO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

THE APPLICATION OF PUNITIVE DAMAGES TO BRAZILIANS' CONSUMERS LAW

Fernanda Chagas Moniz de Aragão Gonzaga¹⁵³

SUMÁRIO: Introdução; 1. *Punitive damages* na doutrina da *Common Law*; 1.1 Dos precedentes; 1.2 Do instituto da justiça pública (“*public justice*”); 2. Da insuficiência do paradigma reparatório; 3. Da necessidade de adoção dos *punitive damages*; 3.1 Da função preventiva (“*deterrence*”); 3.2 Da função punitiva; 3.3 Da proteção dos consumidores: uma visão sobre a dimensão coletiva; 4. Da viabilidade de aplicação dos *punitive damages* ao direito do consumidor brasileiro; 4.1 O Direito do Consumidor no Brasil; 4.2 Da teoria do desestímulo e da jurisprudência; 4.3 Críticas à adoção dos *punitive damages*; 4.3.1 Da prévia cominação legal: o princípio da legalidade; 4.3.2 Do excesso nas indenizações; 4.3.3 Do enriquecimento sem causa; 5. Dos pressupostos para aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro; 5.1 Dos pressupostos de ordem objetiva; 5.1.1 Do ilícito extracontratual (*tort*); 5.1.2 Da necessária ocorrência de dano moral; 5.2 Dos pressupostos de ordem subjetiva; 5.2.1 Do dolo e da culpa grave; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto dos *punitive damages* no sistema da *Common Law*. Avaliar se é possível aplicar tal instituto ao direito do consumidor brasileiro, diante das suas características, controvérsias doutrinárias e repertório jurisprudencial. O método aplicado a este trabalho foi o estudo de casos colhidos da jurisprudência estrangeira, assim como a análise da doutrina nacional e internacional sobre o instituto. Como conclusão, após a seleção e análise dos temas controvertidos, a defesa das vantagens da aplicação dos *punitive damages* e o enfrentamento das críticas, no tocante a sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, conclui-se pela possibilidade de sua aplicação dos *punitive damages* ao regime das relações de consumo.

Palavras-chave: *punitive damages*; *Common Law*; Direito do Consumidor.

ABSTRACT

This article aims to study the institute of punitive damages from the Common Law system and to analyze its functions. It aims to analyze its applicability to Brazilians' Consumers Law regarding the doctrinal controversies. The method applied to this work was the appraisal of cases and precedents, as well as a bibliographical research of doctrine that discuss punitive damages. As a result of the study and after the analysis of the controversial topics, the defense

¹⁵³ Aluna do curso de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público IDP/EDB.

of the benefits and coping the critics as to the possibility of introducing punitive damages to Brazilians' Consumers Law and relations, this paper concludes that it is possible.

Keywords: punitive damages; Common Law; Consumers Law.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é o marco legal que regula as relações de consumo no Brasil. E é com seu sistema diferenciado que o CDC busca proteger o consumidor, trazendo o Código Civil como fonte subsidiária.

É notório que as relações de consumo são fatos próprios da vida em sociedade. Por isso, autores como Jean Baudrillard (1995), em sua obra *Sociedade de Consumo*, consideram que vivemos numa sociedade de consumo.

Nessa relação, é possível pressupor a existência de um elo mais fraco e vulnerável, qual seja o consumidor. Diante disso, se torna necessário instituir mecanismos jurídicos, de modo a equilibrar a relação entre este consumidor e o fornecedor. Em virtude disso, há vários mecanismos que visam assegurar este equilíbrio, esses que são abstratamente concebidos e instituídos por lei, como meios de fazer valer o princípio da isonomia, isto é, da igualdade nas relações de consumo.

Dentre os vários instrumentos, o regime da responsabilidade civil, considerado modernamente, é uma das principais formas de assegurar a igualdade. Não trata apenas de garantir a reparação individual ou coletiva dos danos aos consumidores, mas moldar e incentivar determinados comportamentos no mercado de consumo.

Além do regime da reparação de danos, o regime da responsabilidade civil é também uma forma de regulação das condutas dos agentes econômicos nesse mercado, assim entram em cena os *punitive damages*, instituto que surgiu na Inglaterra e se aperfeiçoou nos Estados Unidos.

Novidade no Brasil, os *punitive damages* aqui são conhecidos como reparação punitiva, que funciona no sentido não somente de reparar o dano causado individualmente ao consumidor, mas também como uma punição dirigida a inibir novos danos aos demais consumidores.

É importante ressaltar que o surgimento dos *punitive damages* em muito se relaciona com o fato da responsabilidade civil ser um dos mais adaptáveis institutos jurídicos do Direito Civil.

Logo, o fato de a evolução da responsabilidade civil estar ligada às mudanças funcionais da sociedade, a qual está sempre em constante mutação, passou-se a necessitar de uma indenização com caráter distinto do compensatório, que não mais estava a coibir práticas danosas e, por consequência, os numerosos conflitos nas relações de consumo.

Com efeito, foi dessa forma que nasceu o instituto da reparação punitiva, com a missão de desempenhar o papel inovador de desestimular condutas fraudulentas por parte do fornecedor, e assim assegurar a prevenção de danos no âmbito da sua aplicação. Trata-se da busca de um efeito dissuasório em relação ao fornecedor.

Para desenvolver o presente tema, no capítulo um será feito um histórico dos precedentes de aplicação dos *punitive damages*, a partir do qual servirá de base para se fazer um Direito Comparado. No capítulo dois será abordado o caráter de insuficiência do paradigma reparatório, o que irá justificar a razão de existir do capítulo três, esse que tratará da necessidade de adoção dos *punitive damages*, diante da sua função preventiva, punitiva e da proteção dos consumidores numa dimensão coletiva.

Enquanto que no capítulo quatro se fará uma análise da viabilidade de aplicação do instituto, através de um olhar sobre o Direito do Consumidor no Brasil. Ainda no capítulo quatro, serão abordadas as críticas doutrinárias quanto a adoção dos *punitive damages*. Vencidas as críticas, esse trabalho traz por último, no quinto capítulo, os pressupostos de ordem objetiva e subjetiva necessários para introduzir o instituto no Brasil.

Importante destacar que esse trabalho tem como problema de pesquisa a análise de em qual medida é possível a aplicação dos *punitive damages* ao regime das relações de consumo no Brasil. Enquanto hipótese prévia, se tem a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* ao Direito do Consumidor brasileiro, de forma a assegurar e maximizar o princípio da igualdade nas relações de consumo, por meio do desestímulo gerado ao fornecedor em incorrer em práticas fraudulentas.

1. PUNITIVE DAMAGES NA DOUTRINA DO COMMON LAW

Muito embora os *punitive damages* tenham surgido na Inglaterra, foi no direito estadunidense que ele se desenvolveu e obteve destaque. Por lá, ficou também conhecido como *exemplary damages*, *punitory damages* ou *speculative damages*.

Lá e em outros “países da *Common Law* adota-se o caráter punitivo das indenizações para desestimular comportamentos antissociais por parte dos fornecedores. Dessa forma, conseguiu-se assegurar o respeito aos direitos da personalidade humana” (ROLLO, 2011, p.72).

Ademais, nunca é demais repisar que na *Common Law* a jurisprudência é a principal fonte de aplicação do Direito, onde os precedentes vinculam o julgamento das futuras ações.

Pode-se dizer, assim, que o Direito emerge da prestação jurisdicional, ou seja, há uma verdadeira criação do Direito pelo Estado Juiz, com base na doutrina do *stare decisis* (respeitar as coisas decididas), em que as decisões das Cortes superiores em hierarquia devem ser respeitadas e seguidas pelas instâncias inferiores, sobre conflitos faticamente análogos. Assim como temos no Brasil, de forma similar, o conceito de aplicação das súmulas vinculantes já se afigura como uma aproximação do direito pátrio ao sistema de vinculação jurisprudencial, do *Common Law*.

1.1 Dos precedentes

Cumprindo inicialmente anotar, que o primeiro precedente americano dos *punitive damages* é de 1784. No caso *Genay v. Norris*, as partes haviam decidido solucionar seu conflito em um duelo, porém Norris envenenou Genay em um suposto brinde de reconciliação, restando comprovada a sua má-fé. Sete anos mais tarde, veio o segundo precedente, o caso *Coryell v. Colbough*, relacionado a uma quebra de promessa de casamento (ANDRADE, 2009).

Inclusive, será visto mais adiante no trabalho, que essa quebra de promessa de casamento do caso *Coryell v. Colbough*, será interpretada como uma forma de *breach of contract* e não como *tort*, chamado de ilícito extracontratual no Brasil.

De volta aos precedentes, foi somente em 1851 que o instituto dos *punitive damages* tomou forma por meio de deliberação da Suprema Corte dos Estados Unidos, que os definiu

como um princípio da *Common Law* a ser aplicado pelo júri em casos de indenização por responsabilidade civil(ZANON, 2016).

Essa definição foi de demasiada importância no tocante ao respeito do instituto que temos no Brasil do princípio da legalidade, o qual exige uma cominação legal prévia de um instituto ou regra a ser aplicado, por exemplo. Através desse entendimento, permitiu-se que o instituto se desenvolvesse amplamente nas terras estadunidenses, servindo hoje de base para o Brasil.

No Reino Unido, isso ocorreu somente em 1964, por ocasião do julgamento do caso *Rookes v. Barnard*, no qual restou estabelecida a natureza punitiva dos *exemplary damages* (ANDRADE, 2009).

Um dos mais relevantes precedentes da jurisprudência americana é o caso do medicamento MER 29. Divulgado como o primeiro medicamento seguro para reduzir o colesterol, o MER/29 foi aprovado em abril de 1960 pelo FDA, *Food and Drug Administration*, instituição americana similar à ANVISA no Brasil.

Com rápida aceitação no mercado, estima-se que até dezembro de 1961 o medicamento tenha sido usado por 400.000 pessoas, sendo que apenas no segundo semestre de 1961, a companhia acrescentou a sua bula a perda de cabelo como efeito colateral do medicamento, e, pouco tempo mais tarde, em dezembro daquele mesmo ano, a empresa divulgou Carta de Aviso, informando que o MER/29 poderia desenvolver catarata no consumidor (RHEINGOLD, 1968, p. 120, tradução nossa)¹⁵⁴.

Porém, foi somente em 1967, no precedente *Toole v. Richard-MerrellInc*, que se conseguiu uma das primeiras aplicações expressivas - a título de *punitive damages* - nos Estados Unidos em razão ainda do caso da comercialização do MER 29, uma vez que se constatou a malícia da empresa fabricante, que, tendo feito testes prévios do medicamento em animais, já haviam constatado a possibilidade de desenvolvimento dos efeitos colaterais indicados (ZANON, 2016).

¹⁵⁴ No original: "Rapidly accepted, the drug had been used by roughly 400,000 persons by December 1961. In mid-1961 Merrell amended its labeling to warn of hair loss, and in December 1961 it mailed a so-called "Dear Doctor" warning letter, approved by the FDA, to all practicing physicians. This letter for the first time warned that cataracts, baldness, severe forms of dermatitis, and less common side effects might result from use of the drug."

Desde esta época, os *punitive damages* passaram a representar uma verdadeira forma de reparação punitiva, cujo valor se vê somado à indenização compensatória, e que necessita de aplicação em casos de comprovada má-fé, culpa grave ou dolo.

Outro exemplo emblemático foi o do julgamento de *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (UILAN, 2006), no qual se imputou responsabilidade sobre defeito na manufatura do automóvel Ford Pinto, que levava ao rompimento do tanque de combustível por simples impacto na traseira do veículo, fato que gerou incidentes de incêndio, vitimando motoristas e passageiros.

Foi assim que *Richard Grimshaw* - daí porque o nome da ação ser *Grimshaw versus Ford* - demandou, com base no *compensatory* e *punitive damages*, a condenação da Ford, após sofrer severas queimaduras por conta da explosão do tanque de combustível do Ford Pinto.

De forma semelhante a como se deu no caso do MER 29, no curso do processo constatou-se que o defeito era de conhecimento dos engenheiros da Ford, mesmo antes da introdução no veículo no mercado de consumo, e que esse defeito foi intencionalmente ignorado por se ter aferido que as despesas para consertar o defeito superariam as de custear eventuais condenações.

Matéria jornalística publicada pouco depois do julgamento expôs que, em uma estimativa conservadora, o Ford Pinto, em razão do defeito na concepção de seu projeto, teria provocado à morte de cerca de 500 pessoas, talvez 900. Nessa matéria foi revelado que um memorando interno da Ford continha estudo que calculava, de um lado, o custo estimado das indenizações com acidentes envolvendo o Ford Pinto (US\$ 200.000,00, por vida perdida, multiplicados por prováveis 180 mortes por ano, além de US\$ 67.000,00 por estimadas 180 lesões não fatais, mais os danos com os veículos) e, de outro, o valor que teria de ser gasto para corrigir o problema do veículo (cerca de US\$ 11,00 por unidade, multiplicados por 12.5000.000 de unidades). A conclusão do estudo foi de que, do ponto de vista estatístico o pagamento das indenizações, ao custo total estimado de US\$ 49,5 milhões, seria economicamente mais vantajoso do que o aperfeiçoamento necessário em todos os veículos, ao custo total de US\$ 137,5 milhões, para prevenir cerca de 180 mortes por ano e um número equivalente de ferido (ANDRADE, 2006, p. 202).

No caso da Ford Pinto, a “ineficácia da função reparatória da responsabilidade civil impôs o recurso aos *punitive damages*, de forma a assegurar que os comportamentos dos agentes econômicos não comprometam o direito à vida e à integridade física da pessoa

humana, mas antes pautem-se pelo respeito por tais direitos, elevando-se assim o nível de segurança dos produtos” (LOURENÇO, 2006, p. 178).

Assim fica clara a magnitude alcançada pelos *punitive damages* em países como os Estados Unidos, que assimila tal instituto ao ramo do Direito conhecido por *Tort Law*, que nada mais é que o estudo da indenização a partir de um dano causado por um ilícito civil, chamado também de *civil wrong*.

Ao fim, os precedentes resultam na compensação do ofendido e na proteção do consumidor contra práticas comerciais fraudulentas, a partir de duas finalidades: a punição do ofensor e o desestímulo da ocorrência de práticas semelhantes. Por óbvio que o desestímulo possui efeito reflexo na sociedade consumerista, de modo a dissuadir, por semelhança, todos ou quase todos os outros possíveis ofensores.

1.2 Do instituto da justiça pública (“public justice”)

A função inaugural atribuída aos *punitive damages* é o da “justiça pública”. Importa dizer que, embora inserido no âmbito jurídico do Direito Privado, os *punitive damages* possuem importante atuação em assegurar os direitos subjetivos dos cidadãos.

Por vezes, os custos do ajuizamento da demanda fazem com que muitos consumidores, lesados em sua relação de consumo, não recorram o Poder Judiciário, a modo de serem indenizados pelos prejuízos sofridos, bem como, e consequentemente, buscarem o restabelecimento da ordem jurídica violada pelo ato juridicamente reprovável (UILAN, 2003).

Diz-se, portanto, que os *punitive damages* atuam de forma a estimular a busca de reparação, posto que acarretam, de modo geral, o pagamento de quantia expressiva, até superior ao prejuízo suportado pelo consumidor. Excedente esse dedicado à restauração da ordem jurídica, haja vista que, em muitos casos, a conduta de um único fornecedor pode resultar em prejuízos para diversas pessoas, denominado de danos coletivos ou difusos.

Nesse contexto, o instituto do *punitive damages* se revela como importante incentivo na busca de reparação judicial, como meio de não se ver superado o valor do lucro em detrimento dos valores sociais. Com efeito – conforme já descrito ao norte – são muitos os

exemplos da apuração, por meio de cálculos, sobre qual situação será mais lucrativa, quais sejam, ressarcir os poucos que buscam o Poder Judiciário, ou reparar o produto dos vícios sabidos, ou alterar a conduta na prestação dos serviços.

Além do que, “indenizar - isto é, a ficção jurídica pela qual, mediante a reposição ao estado anterior se torna indene, a parte lesada - é, sem nenhuma dúvida, ator indispensável para a afirmação da responsabilidade civil” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p.17).

2. DA INSUFICIÊNCIA DO PARADIGMA REPARATÓRIO

A responsabilidade civil, de modo a se adequar à realidade socioeconômica da humanidade desde a Revolução Industrial, mitigou dois de seus três paradigmas clássicos (a saber, a responsabilidade individual e a responsabilidade fundada na culpa), persistindo apenas o paradigma ressarcitório, quase que intocado (SERPA, 2011).

É justamente esse paradigma ressarcitório que busca colocar a vítima na situação em que estaria, caso o dano não houvesse existido. Ideia essa que surgiu através do princípio da restituição, porém, percebeu-se, ao longo dos anos, que o ressarcimento era insuficiente para solucionar os conflitos de cunho civil, principalmente no tocante a conflitos em relações de consumo.

Isso porque foi possível “verificar que o instituto da responsabilidade civil caminhou para dar cada vez menos importância aos aspectos anímicos da conduta perpetrada pelo ofensor, relegando-se a culpa para segundo plano, enquanto se alocava, para assumir tal papel de primeira importância, a vítima e o prejuízo por ela suportado”. Com isso, a perspectiva de que a responsabilidade civil viesse a atuar como instrumento moralizador de condutas ilícitas foi abalado (SERPA, 2011, p. 153).

Além do descaso com que se trata a culpa do ofensor, tem-se também que a padronização dos tribunais brasileiros, em conceder indenizações irrisórias ou tabeladas, fortaleceram a conta de que, mais vale indenizar individualmente o consumidor demandante, que reparar toda a linha do produto viciado. Indenizações irrisórias que não servem, sequer, para compensar a vítima pela longa espera na tramitação processual.

O CNJ, na sua publicação Justiça em Números (2016, p. 148), considera como tempo médio de tramitação dos processos da Justiça Estadual, desde a sua distribuição até a sua baixa, 3 anos e 2 meses. Nesse mesmo relatório, ao analisar o levantamento dos processos pendentes de solução em 31/12/2015, restou verificado que a pendência perdura em uma média de 6 anos e 10 meses.

É justamente essa demora em se alcançar um pronunciamento jurisdicional, somada ao pagamento e ao tempo despendidos na contratação de advogados, que acabam por desestimular a procura da população no Judiciário. Importante lembrar que, mesmo aqueles que se aventuram no Judiciário e exercem seu direito de acesso à justiça, acabam frustrados pelos valores irrisórios que lhes são concedidos a título de indenização.

É verdade que, apesar de o Brasil ter por base o sistema jurídico da *Civil Law*, que aqui também, assim como no *Common Law*, a jurisprudência e as orientações jurisprudenciais viram precedentes e passa a ser possível prever o *quantum* que será ofertado a título de indenizações em relações de consumo.

Tanto o são, que várias empresas, que comumente recebem reclamações, e contra as quais são ajuizadas demandas na esfera do Direito do Consumidor, já enviam seus advogados para as audiências de conciliação com um valor máximo a ser ofertado. Tudo a demonstrar que o paradigma ressarcitório não mais se afigura como tutela jurídica, suficientemente capaz de assegurar o equilíbrio e a pacificação social.

Ademais, necessário se ter cuidado com acordos celebrados em valores ínfimos. Com efeito, além de deixarem os consumidores insatisfeitos e descrentes na Justiça, estimulam a continuidade de comportamentos nocivos por parte dos fornecedores, prejudicando, sobremaneira, o mercado (ROLLO, 2011). Uma padronização que informa que “o crime valha a pena” para essas empresas e prestadores de serviços.

Para José Reinaldo de Lima Lopes (1992, p.94), “a responsabilidade civil do fabricante, mesmo quando definida em termos de responsabilidade objetiva, pode não surtir os efeitos imaginados de desestímulo se funcionar para a empresa calcular seus custos de produção e concluir que, mesmo assim, vale à pena correr determinados riscos”.

Se de um lado se sabe que uma das formas de mitigar o problema em questão é fazer doer no bolso dos fornecedores, de outro tem-se que o Judiciário, com as suas decisões em montantes irrisórios, não vem conseguindo fazer frente às inúmeras demandas existentes, nem sequer frear fornecedores que sistematicamente desrespeitam o consumidor.

De toda sorte, não se pretende aqui que a indenização enriqueça a vítima, mas que também não enriqueça o ofensor.

Com efeito, “indenizações em importâncias apequenadas são uma burla ao ofendido, ao mesmo tempo em que se transformam em fonte de enriquecimento para o ofensor, não pode o Direito concordar com essa modalidade de desequilíbrio” (SANTOS, 2003 p.276).

Há doutrinadores que acreditam também no caráter punitivo da responsabilidade civil, e que defendem que “também é objetivo da indenização do dano extrapatrimonial punir o ofensor. Essa punição só acontecerá se o valor fixado doer no bolso daquele que praticou o ato, pois, do contrário, será absorvida pelo risco da sua atividade”(ROLLO, 2011 p. 65). Portanto, necessário uma posição cautelosa em relação ao processo punitivo.

É verdade que ele deva ser aplicado adequadamente, de modo a tornar pedagógica a necessidade de respeito ao consumidor e à sociedade. Entretanto, para ser didático não basta apenas o valor da multa, é necessário descrever a conduta que se pretenda reprovável, e obter do ofensor o compromisso de não tornar a praticar o ato lesivo contra o consumidor. Deveras, os valores são importantes para sinalizar a gravidade e o incentivo para não perpetrar novas ofensas, pois esses são os instrumentos para se realizar um bem maior, conforme se defende neste texto. Sendo eles o incentivo à prevenção e à pacificação da sociedade. Não é apenas o punir pelo punir. Já passamos esse momento.

3. DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

“Não obstante todos os esforços no sentido de blindar os direitos do consumidor, garantindo sua prerrogativa de reparação e assegurando sua tutela, parte da doutrina entende que o vigente modelo de responsabilidade civil por danos causados ao consumidor, embora proporcione a reparação, não se mostra suficiente para garantir, com eficácia, algo contra a violação de seus direitos” (ZANON, 2016, p.235).

Ademais, importa pensar que, conforme elucida Ricardo Morishita Wada (2003), o artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor amplia o conceito de consumidor, tanto no plano quantitativo como qualitativo, incluindo, nesse conceito, os consumidores potenciais ou abstratamente considerados. Sendo aqui deveras importante essa conceituação de consumidor, de modo a se compreender a extensão, ou seja, os reflexos dos *punitive damages*.

Com isso em mente e, com a certeza de que atualmente vigora a cultura da falta de investimento dos fornecedores, em adotarem mecanismos de prevenção e rigor nos controles de qualidade (ANDRADE, 2009), é que se torna necessário o debate acerca da necessidade de implementação dos *punitive damages*.

De modo a compreender melhor o cabimento da reparação punitiva, imperiosa a análise da sua função preventiva e punitiva,, e, posteriormente, compreender a possibilidade ou impossibilidade de sua implementação ao Direito do Consumidor brasileiro.

3.1 Da função preventiva (“*deterrence*”)

Antes de expor os motivos de cunho punitivo que ensejam a necessidade de adoção dos *punitive damages* ao Direito do Consumidor Brasileiro, faz-se necessário explicitar as razões de ordem desestimuladora, a chamada função preventiva.

É dizer que os *punitive damages* exercem uma função preventiva para o futuro, na medida em que - por meio de sua imposição - se busca evitar a reincidência dos comportamentos danosos, quer por parte do sancionado, quer por parte da sociedade em geral (D’Alessandro, 2007, p. 385).¹⁵⁵

Com efeito, seu principal objetivo é desestimular a reiteração de ilícitos; em especial os reprováveis, praticados de forma intencional ou negligente. Entretanto, parte da doutrina

¹⁵⁵ No original: “*I danni punitivi hanno dunque una funzione espiatoria e deterrente pro futuro, in quanto attraverso la loro irrogazione si vuole evitare che in futuro si ripetano comportamenti dannosi simili a quella commesso, sia da parte del sanzionato (c.d. funzione specialpreventiva), sia da parte della generalità dei consociati (c.d. funzione generalpreventiva), il cui comportamento dovrebbe essere indirizzato dalla esemplarità della sanzione.*”

questiona se a sanção compensatória já não se prestaria a exercer essa função preventiva de desestímulo.

De forma indireta, é bem verdade que os *compensatory damages* acabam por prevenir a reincidência, mas nem sempre o é de maneira eficaz, de modo a atender às exigências sociais, como se tem com os *punitive damages*. “Revestindo-se, assim, de uma função de exemplaridade social” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p.17).

As ações que os *punitive damages* buscam prevenir são aquelas propositais ou grosseiramente negligentes (“*reckless*”), sempre evitadas de intencionalidade ou, ao menos, da consciência dos prejuízos que dela resultarão. Já os *compensatory damages* são, por vezes, suficientes na prevenção da reincidência na conduta, porém os *punitive damages* são necessários sempre que os custos para evitar os danos sejam maiores do que para recompor o patrimônio do ofendido.

Outrossim, os *punitive damages*, são um verdadeiro sinal de que a lei não deve permitir a proliferação de lucros ilícitos em práticas comerciais, funcionando como um instituto capaz de restaurar a paz social e o cumprimento das regras e harmonia entre consumidores e fornecedores. Visa, ainda, impulsionar o desenvolvimento da sociedade com equilíbrio e pelo combate aos abusos e excessos do mercado. É a paz e não a “dor” o que se pretende com o instituto.

Logo, fica de plano declarada a importante função preventiva que deve ser exercida pela responsabilidade civil, mesmo que seja a contrário *sensu* de parte da doutrina, através da majoração do *quantum* indenizatório.

Com vistas ao futuro, a função preventiva, exercida por meio da indenização, busca desestimular o desencadeamento de atos ilícitos potenciais, ainda que não tenham ocorrido. Função essa que deve ser exercida pela sinalização ao ofensor e à sociedade, de que esses atos são indesejáveis e serão severamente punidos.

Imperioso, ademais, ressaltar que a particularidade de cada punição levará em consideração as características pessoais do ofensor e o proveito por ele auferido. Segundo Bittar (1994, p. 229), “é necessário que a gente sinta as consequências da resposta do

ordenamento jurídico, assim como se faz mister que a reparação seja dotada de expressão que sirva como exemplo à sociedade, de modo a garantir sua função inibidora de forma eficaz”.

Busca-se, portanto, mitigar comportamentos que lesionem terceiros, funcionando como uma verdadeira mensagem à sociedade de sua função dissuasória.

3.2 Da função punitiva

Ao contrário da função preventiva, a função punitiva mira um ato passado de natureza reprovável. Aqui acredita-se que a sanção precisa ser mais severa, de forma proporcional ao grau de reprovabilidade da conduta.

A imposição de uma sanção punitiva visa demonstrar que o ordenamento jurídico repudia a retenção de lucros a partir de uma atuação ilícita perante os consumidores. O próprio nome *punitive damages* já demonstra o caráter punitivo dessa forma de indenização, o qual, segundo parte da doutrina afirma, destina-se a elevar o poder de punir os fornecedores desrespeitosos com as leis que positivam os direitos dos consumidores. Destina-se ainda a “demonstrar, também ao consumidor, que, ainda que não tenha sido possível prevenir a ocorrência daquele dano, haverá alguma retribuição” (ANDRADE, 2009, p. 299).

Apesar de na doutrina serem verdadeiras exceções autores que admitam expressamente a função punitiva ao lado da função indenizatória da responsabilidade civil, Caio Mário da Silva Pereira (Responsabilidade Civil, 2001, p. 10) afirma que: “Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que nua é estranha a ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar”.

Portanto, declarada a essencialidade da função punitiva da responsabilidade civil, ressalta-se o sentido moral dessa punição, de verdadeira reprovação social pela conduta realizada, que também é uma importante fonte de valores. Com a aplicação da punição, o fornecedor recebe uma reprovação da sociedade pela sua conduta.

Apesar da diferenciação entre função punitiva e preventiva, há quem entenda que a pena desempenhe um importante fator de prevenção. Nesse sentido o escólio de André Gustavo Corrêa de Andrade, *in verbis*:

É certo que nem toda medida preventiva tem o caráter de pena. Com efeito, através da já mencionada tutela inibitória pode buscar-se a prevenção do dano por meio de medidas variadas, que não apresentam caráter intrinsecamente punitivo, tais como a apreensão de mercadorias (em caso de tentativa de violação de marca) ou a imposição de obrigação de não fazer (para proibir a publicação de matéria ofensiva à honra). Mas a pena atua como importante fator de prevenção nos casos em que as demais formas de prevenção falham ou não são aplicáveis e também naqueles casos em que, uma vez ocorrido o dano, a tutela reparatória não exerce força intimidativa sobre o ofensor (2009, p. 229).

Tão logo, a indenização punitiva cumpre um papel individual, reprovando o fornecedor que viola o interesse e o direito da sociedade, como também exemplifica a necessidade do respeito aos direitos do consumidor no mercado de consumo. Ao fim, ainda empresta seu exemplo para outros fornecedores que tenham a intenção de se aventurar de forma ofensiva, sendo que somente assim o instituto alcança a sociedade em geral, ou seja, o consumidor, quem lesou e quem tem a intenção de lesar.

3.3 Da proteção dos consumidores: uma visão sobre a dimensão coletiva

Restringindo-se à análise do cabimento da reparação punitiva às relações de consumo, e tendo em vista que essas penas privadas, de natureza pecuniária, podem ser favoráveis à coletividade em situações específicas, posicionou-se Maria Celina Bodin de Moraes, *in verbis*:

[...] é de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, a consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição. É de se aceitar, ainda, um caráter punitivo na reparação do dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido (2003, p. 263).

Oportuno aqui ressaltar que, em regra, Maria Celina Bodin de Moraes se posiciona de forma contrária à aceitação de penas como os *punitive damages*, justificando-se na teoria de Tzevyran Todorov, em “O Homem Desenraizado”, afirmando que elas geram uma vitimização social, ao fundamento de que “...podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por

aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade que não fez calçadas planas o suficiente...”(MORAES, 2003, p.3).

Porém, quando a autora coloca em perspectiva a aplicação dos *punitive damages*, da responsabilidade civil punitiva, em relações de consumo, ela excepciona seu entendimento, conforme demonstrado acima.

4. DA VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* AO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

Neste ponto, possível perceber que o presente artigo alcançou alguns resultados. Com espeque em Rollo (2011) concluímos que aquele que se socorre do Judiciário, em uma demanda de consumo, contribui para o aperfeiçoamento do mercado e, por isso, merece o devido estímulo, haja vista que tantos outros nada fazem, cientes que o caminho a ser percorrido é deveras árduo e custoso.

Em segundo plano, restou estabelecido que a falta de punição dos maus fornecedores desestimula aqueles que agem de acordo com a lei e, bem por isso, justifica-se a majoração das indenizações.

Logo, transcorrer-se-á sobre a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* ao direito do consumidor brasileiro, com vistas a mitigar os conflitos enfrentados pelos consumidores em todo o Brasil, como frutos que são da lacuna deixada pelo Judiciário, que acabam por incentivar comportamentos abusivos no mercado.

Ao se pensar em viabilidade da aplicação do instituto, é necessário ter-se em mente, por deferência ao regime democrático, a previsibilidade legal e a sua aderência ao regime constitucional. No caso, a proteção ao consumidor está prevista na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XXXII, o qual dispõe, *in verbis*, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

Trata-se, na locução do Ministro Gilmar Mendes, de um direito de proteção, com efeitos verticais e horizontais, isto é, aplicáveis ao Estado e também, pela mediação da lei, aos particulares.

A lei, conforme previsto no art. 48 do ADCT, é o próprio Código de Defesa do Consumidor. Nele é possível notar que está veiculado, como direito básico, no art. 6º, inciso VI, a efetiva prevenção de danos dos consumidores, ainda que coletivos ou difusos, materiais ou morais.

Conforme preconizado por Canaris (Wilhelm), a proteção dos direitos fundamentais não se expressam apenas pela proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas na proteção contra proibições insuficientes.

Com efeito, para atender ao preceito constitucional da proteção ao consumidor, necessário ser ela não só suficiente individualmente, mas adequada e dirigida à aplicação de instrumentos e institutos para efetiva proteção dos consumidores.

4.1. O Direito do Consumidor no Brasil

Não obstante estarmos tratando dos *punitive damages* sob uma perspectiva da *Common Law*, pois, afinal, foi nos países com esse sistema jurídico, que mais se desenvolveu, pensar na aplicabilidade do instituto ao Brasil é pensar que o sistema jurídico brasileiro, o *Civil Law*, tem como fonte primária da lei os seus códigos, não a jurisprudência.

Logo, sendo a Constituição (BRASIL, 1988) o texto maior do *Civil Law* no Brasil e, considerando a condição de vulnerabilidade que ela reconhece ao consumidor, não só em seu artigo 5º, XXXII como também em seu artigo 170, V, conclui-se que nossa Carta Magna se preocupou com a proteção do consumidor.

Dois anos depois da Constituição Federal ter entrado em vigor e, previsto em seu artigo 275, a imposição do Estado em criar uma política de governo própria, que defina os direitos básicos dos consumidores, foi criado o CDC, Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078.

Com força cogente e constitucional de mandamento de ordem pública, tal norma elenca os princípios norteadores e protetores do consumidor, dentre os quais se encontram o dever de indenizar e a responsabilidade civil.

O referido diploma legal, em seu capítulo IV, “seções II e III, trata, respectivamente, da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço e da Responsabilidade pelo Vício do Produto e do Serviço” (ZANON, 2016, p. 234).

Tanto o Código Civil (BRASIL, 2002), como o Código de Defesa do Consumidor positivaram o tema da responsabilidade civil. A diferença é que o primeiro o fez em contornos de regras gerais, enquanto o segundo prevê tratamento especial.

Logo, de modo a observar a aplicabilidade dos *punitive damages* ao Direito do Consumidor brasileiro, importante a introdução da abordagem do tema responsabilidade civil em nossos códigos.

Nesse contexto, é possível concluir que a responsabilidade civil é objetiva, face à teoria do risco da atividade que, segundo Fávio Ulhôa Coelho (2004, p. 346), é o que determina que “quem tem o proveito de certa atividade deve arcar também com os danos por ela gerados (*ubi emolumentum, ibi onus*)”.

Tão logo, essa responsabilização reflete à consequência natural da predominância dos interesses sociais sobre os individuais. Responsabilidade essa que também é solidária, nos moldes do artigo 264 do Código Civil de 2002, comum a todos os ofensores envolvidos a responder pela totalidade dos danos.

4.2. Da teoria do desestímulo e da jurisprudência

Nesse diapasão, com base na teoria norte-americana, desenvolveu-se no Brasil a chamada teoria do desestímulo, cuja aplicação possui algumas controvérsias quanto à aplicada nos Estados Unidos.

Intensificando o debate quanto à introdução dos *punitive damages* ao direito do consumidor no Brasil, há parcela da doutrina que defende que a adoção da Teoria do Desestímulo não deve se dar de forma idêntica à adoção dos mesmos no sistema norte-americano. Isso porque, os ordenamentos são muito diversos, inclusive no que tange aos poderes dos magistrados, que no sistema de *Common Law* são mais amplos que os da Civil Law, não olvidando ainda as dessemelhanças econômicas entre os países. (GONÇALVES, 2011)

Além do mais, no direito estadunidense as indenizações têm como característica a aplicação de valores exorbitantes, diferentemente do Brasil. Inclusive, no que toca aos danos morais, as sentenças arbitradas nos Estados Unidos têm valor muito maior do que dano real. Entretanto, essas indenizações, muitas vezes milionárias, são contrapostas por juristas que entendem que, muitas vezes, o dano que ali ocorreu é da rotina de qualquer sociedade, daí a necessidade de a possibilidade de punir vir revestida da presença do dolo na conduta do agente.

Destarte, a teoria do desestímulo não possui um caráter compensatório, nem ressarcitório, possui ela somente uma função pedagógica. No tocante a como essa teoria tem sido aplicada pelo Poder Judiciário, tem-se alguns esclarecedores exemplos de como é feita a sua interpretação pelos magistrados.

Em notícia de 2009, do Superior Tribunal de Justiça, sobre a quantificação do dano moral, o então presidente da Terceira Turma, ministro Sidnei Beneti, ao discorrer sobre os critérios adotados pelo STJ para quantificação do dano moral, destacou a avaliação do comportamento do ofensor para determinar o valor da indenização e a importância do fator do desestímulo. Disse S.Exa.: “Quanto ao ofensor, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos no agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que o valor seja um desestímulo efetivo para a não reiteração” (ZANON, 2016, p. 237).

A ministra Nancy Andrigli, em julgamento no STJ, em dezembro de 2008, cujo pleito era o de danos morais e materiais contra fabricante de pneus, devido a acidente fatal provocado por defeito na fabricação constatado por laudos, reconheceu que, pelo alto grau de culpa da ré, e por critérios de razoabilidade da quantificação do *quantum* indenizatório, que o valor não seria aquele comumente aplicado pela Corte, mas um valor expressivo, de modo a atender a função social da condenação, no sentido de desestimular a reincidência de casos como dos autos ora em questão (Resp 1.036.485-SC, STJ, 2008).

4.3 Críticas à adoção dos *punitive damages*

Alguns doutrinadores entendem que a aplicação dos *punitive damages* encontra alguns óbices, para Salomão Resedá (2009), por exemplo, o óbice se encontra no tocante à censura contra ilícito ser restrita à responsabilidade penal, não cabendo, assim, aos preceitos da responsabilidade civil aplicar esse instituto com caráter pedagógico e sancionador.

Portanto, de modo a compreender esse instituto como um todo, e assim, chegar a uma conclusão quanto a viabilidade de sua aplicação ao direito do consumidor brasileiro, faz-se mister abordar controvérsias e críticas que esse instituto já enfrenta.

4.3.1 Da prévia cominação legal: o princípio da legalidade

Como bem havia de ser, a admissão da função punitiva que os *punitive damages* propõem, cria obstáculos que precisam ser enfrentados. O primeiro deles é o constitucionalmente previsto, princípio da legalidade, segundo o qual não há que se falar em punição sem que se tenha previsão legal.

A ausência de previsão expressa para sua aplicação - especialmente nas relações de consumo -, constitui em ofensa ao princípio da legalidade. Noutros termos, em se tratando de uma punição, não poderia ser aplicada sem uma expressa previsão no Código de Defesa do Consumidor.

“Embora seja possível argumentar em favor de uma aplicação mais branda do princípio da legalidade ao Direito Civil - em virtude da menor gravidade da pena imposta -, dispendendo-se à previsão de tipos rígidos como no Direito Penal, não se pode escapar da questão da sua conciliação com a responsabilidade civil punitiva”(PUSCHEL, 2007 ,p. 21).

Por falar em Direito Penal, adentra-se em uma das principais objeções trazidas por juristas, quanto à aplicação da reparação punitiva ao direito do consumidor brasileiro. Isso porque, não se estaria respeitando a separação entre direito privado e público, vez que é um instituto do direito civil com natureza pública penal.

Para Delgado (2004, p. 219) “a introdução deste instituto no Brasil ensejaria a criação de um sistema misto civil-penal, o que é inadmissível por se tratar de ramos distintos do Direito de particularidades que os tornam opostos”.

Nessa toada, Maria Celina Bodin de Moraes, *in verbis*:

Tal caráter aflitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a ideia extravagante à nossa tradição, de que a reparação já não se constitui como o fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção (2003, p. 229).

Diferindo, Rodrigo Oliveira (2012) afirma que tal fusão do direito não é novidade, e traz a título de exemplos, os juros de mora, *astreintes* (artigo 84 do CDC) e a cláusula penal.

Para Resedá (2009) os defensores da indenização punitiva afirmam que o instituto se aproxima mais da seara penal do que outros institutos, mas que ele ainda assim é de ordem civil.

Importante ressaltar aqui também, o risco de dupla punição, civil e penal, que os *punitive damages* possam representar, assim como as diferenças entre as garantias ofertadas às ofensas em cada um desses juízos. “O que se nota, no entanto, é que na doutrina brasileira as opiniões são ainda pouco desenvolvidas no que se refere ao caráter punitivo da responsabilidade civil. Encontra-se pouca fundamentação e reflexão sobre as consequências das posições assumidas sobre a conveniência de suprimir o caráter punitivo da responsabilidade civil...”(PUSCHEL, 2007, p. 23)

Vencida a controvérsia, no que tange ainda ao princípio da legalidade, importante chamar a atenção ao fato de que já foram tentadas inúmeras vezes suprir a falta de normativa legal quanto aos *punitive damages* no Brasil, todas essas restaram infrutíferas. Especial destaque à tentativa de introduzir no texto do artigo 944 do Código Civil, que a indenização iria ser formada também por um desestímulo ao lesante.

De considerar, ainda, que o artigo 56 do CDC, relaciona em seus incisos, as sanções administrativas às quais se sujeitam os infratores das normas de defesa do consumidor, e neste rol não há previsão de danos punitivos. Impondo ainda ressaltar, por oportuno, que o Legislativo inseriu tal previsão, que foi vetada pelo então presidente Fernando Collor de Mello.

Apesar de não se ter expressamente no texto constitucional a previsão definida da reparação punitiva, é possível defender o instituto e contestar o argumento da ofensa à legalidade através do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, da

Constituição, uma vez que o que aqui se busca é a garantia de se obter indenizações justas e preservar a dignidade das pessoas. Portanto, se percebe que não há entendimento pacífico na doutrina, mas opiniões controvertidas quanto ao tema.

4.3.2 *Do excesso nas indenizações*

Tendo em vista que o tema abordado por esse trabalho representa uma interseção entre o Direito e um estudo de comportamentos sociais, faz-se necessário pensar alguns passos à frente. Esse pensamento se volta à uma preocupação frequente de juristas e estudiosos do instituto, questionando-se se ele poderia gerar um excesso no arbitramento das indenizações em perspectiva ao dano.

Esse questionamento não é de todo imperativo ou imaginário, os Estados Unidos, por exemplo, berço do aperfeiçoamento dos *punitive damages*, constantemente entendem por sentenças milionárias.

Para Cass Sustein (2002, XIII), é possível prever, com um alto grau de confiança, que os “prêmios” são muito altos ou muito baixos, não porque os jurados são conscientes ou espertos, mas devido a certas características de identificação da cognição humana.

Essa teoria de Sustein sustenta a crítica, pois aqui os *punitive damages* seriam fruto de um comportamento não racional, mas emocional, o que pode, inclusive, ensejar um debate quanto à insegurança jurídica que este instrumento pode vir a causar.

Porém, atendo aos excessos, é verdade que, por vezes, as indenizações arbitradas nos Estados Unidos têm valor desproporcionalmente maior do que o valor do dano real. De modo a exemplificar, em julho de 1999, no caso *Anderson v. General Motors Corp.*, o júri da Califórnia concedeu um veredicto de *punitive damages* no valor de 4.8 bilhões de dólares.

No mesmo ano, no Estado americano do Alabama, em um caso, *Carlisle v. Whirlpool Financial National Bank*, cujos danos econômicos alegados somavam apenas 600 dólares, o júri concedeu um veredicto de *punitive damages* no valor de 580 milhões de dólares (SUSTEIN, 2002, p. 1 tradução nossa).¹⁵⁶

¹⁵⁶ No original: “...and in May of the same year an Alabam jury, in a case in which the economic damages were alleged to equal no more than \$600, awarded a punitive damages verdict of \$580 million”.

Nas duas últimas décadas, com o amadurecimento do instituto, teve-se um aumento exponencial nos valores cobrados a título de *punitive damages*. Um dos mais extraordinários exemplos seja talvez o caso de Julho de 2000, em que o Estado da Florida recebeu 144.8 bilhões de dólares em uma ação contra fabricantes de cigarros (SUSTEIN, 2002, p. 1 tradução nossa).¹⁵⁷

O emblemático caso da Ford, mencionado anteriormente neste artigo, ensejou, a título de *punitive damages*, em primeira instância o impressionante valor de 125 milhões de dólares, sendo posteriormente reduzidos para 3 milhões (GONÇALVES, 2005).

São justamente essas indenizações milionárias que levantam a crítica de que a introdução do instituto iria seguir iguais passos, o que já ocorre no Brasil em julgados de 1ª instância. Em alguns casos, a apreciação do STJ se faz obrigatória, tendo em vista os exageros cometidos pelos magistrados, o que leva o tribunal de função extraordinária a agir como mero revisor ordinário, pelo bem do equilíbrio jurisdicional (LEITE, 2010).

Para Delgado (2004), a consequência natural desse arbitramento excessivo cria um estado de instabilidade na sociedade norte-americana, pois se criou um medo cotidiano nas pessoas em serem processadas em razão de circunstâncias mezinhas.

De modo a esvaziar este argumento, há quem defenda que, por estar definido pelo sistema jurídico brasileiro, as causas de responsabilidade civil sejam julgadas por juízes togados, os quais são imparciais e possuem saber jurídico por si só, já se diferenciaria da forma americana, evitando assim os excessos indenizatórios, uma vez que não seriam cidadãos leigos como os que compõem os júris nos Estados Unidos, que julgam casos desta natureza.

Outrossim, em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição, a aplicação dos *punitive damages* no Brasil encontraria sempre garantida a revisão da decisão de primeiro grau, de forma que, se o *quantum* indenizatório fosse excessivo, o Tribunal o reformaria.

Portanto, não obstante o excesso nas indenizações ser um importante objeto de discussão e crítica quanto à aplicação nos *punitive damages* ao direito do consumidor

¹⁵⁷ No original: “Over the past two decades, our country has experienced a dramatic increase in the incidence and magnitude of punitive damages verdicts rendered by juries in civil litigation. Perhaps the most extraordinary example is the July 2000 award of \$144.8 billion in the Florida class action brought against cigarette manufacturers”.

brasileiro, há quem defenda que o sistema jurídico pátrio já se dispõe a resguardar que sejam arbitradas sentenças milionárias.

4.3.3 *Do enriquecimento sem causa*

Uma última crítica trazida pela doutrina é que a aplicação dos *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que este veda expressamente em seu Código Civil, artigo 884, o enriquecimento sem causa.

Parte-se aqui da premissa que o enriquecimento sem justa causa é um enriquecimento ilícito, que se dá quando uma pessoa, a expensas de outrem, percebe vantagem de cunho patrimonial, infundado em dispositivo de lei ou negócio jurídico anterior. Para Orlando Gomes (2008, p. 301), para a configuração do enriquecimento sem causa, “são necessários os seguintes elementos: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a falta de causa ou causa injusta”.

Para os críticos, a indenização que ultrapassa os valores dos danos reais, ou seja, a título de *punitive damages*, representaria um enriquecimento sem causa da vítima, assim como colocaria o ofensor diante da imposição de uma pena e não de uma indenização.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa” (AP. 142.932-1-3, rel. Dês. URBANO RUIZ, AC. 21-5. 1991, in RT 675/100).

De forma a contrapor esses argumentos é necessário pensar que o enriquecimento ilícito, a partir de uma indenização a título de reparação punitiva, passa pela análise da legalidade, o que quer dizer que, se a reparação punitiva é tida como uma sanção justa a ser imposta, o montante despendido a título de enriquecimento sem causa possui, na verdade, causa justificadora, devendo assim, desaparecer essa crítica.

Nessa toada, a quantia da reparação punitiva não vai representar vedação ao enriquecimento sem causa, desde que a sua incidência esteja prevista e autorizada por lei. Havendo lei que lhe dê causa, não há enriquecimento injusto (UILAN, 2003).

Portanto, há quem defenda que sempre haverá o enriquecimento sem causa do

ofendido, se for ele o destinatário da quantia a título de reparação punitiva. Devendo por esse motivo, essa quantia ser destinada a um fundo público ou segundo Vaz (2009, p. 84), “a uma pessoa jurídica, oficial ou não, desde que passível de fiscalização pelo órgão cedente do valor”.

Contudo, é importante frisar que qualquer que seja a opção adotada, é necessária uma prévia e expressa disposição legal quanto à reparação punitiva, de modo que, prescindindo dessa cominação legal, a destinação da quantia a título de *punitive damages*, a quem quer que seja, sempre será enriquecimento sem causa.

“É possível, certamente, imaginar formas de superar esse problema com a adoção de medidas especiais, como a determinação de que a parte relativa à punição não deverá ser paga à vítima, mas ao Estado. No entanto, tais soluções dependeriam de alteração legislativa e, portanto, de se admitir abertamente o objetivo de punição e apresentá-lo ao debate público” (PUSCHEL, 2007, p. 22).

Como cautela, quanto à destinação dos recursos, se poderia sugerir que os valores não fossem destinados aos consumidores, mas recolhidos ao Fundo de Direitos Difusos, por exemplo, conforme mencionado acima. Com isto, esvazia-se o argumento do enriquecimento sem causa.

5. DOS PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Compreendidas às características gerais da reparação punitiva, se faz fundamental perquirir sobre quais pressupostos devam estar presentes para a sua perfeita aplicação ao ramo do Direito do Consumidor brasileiro. Para tanto, tratar-se-á pois de pressupostos de ordem subjetiva, assim como de pressupostos de ordem objetiva.

5.1 Dos pressupostos de ordem objetiva

5.1.1 Do ilícito extracontratual (tort)

Apesar de algumas exceções e controvérsias, aos olhos da parte majoritária da doutrina e da jurisprudência, a incidência dos *punitive damages* exige a ocorrência de um

ilícito extracontratual, *tort*, e não simplesmente ilícitos contratuais, *breaches of contract*. Na *Common Law*, o *tort* é o ilícito civil por excelência (UILAN, 2003).

A título de exemplo das exceções que admitem à aplicação dos *punitive damages* apenas por conta dos *breaches of contract* tem-se o rompimento do noivado - a sedução da dama por meio de uma promessa fraudulenta de casamento (MINER, 1975) -, o inadimplemento que implique em infração a um dever fiduciário e a cessação da prestação de determinado serviço que se constitui em dever legal por uma empresa concessionária (BELLI, 1980).

Logo, todo *tort*, apesar de suas várias espécies, “envolve o descumprimento de um dever legal (*legal duty*), de uma previsão normativa, sendo formado por quatro elementos: conduta (*conduct*), culpa (*blameworthiness*), dano (*damage*) e o nexo de causalidade (*causation*)” (DEAKIN, JOHNSTON e MARKESINIS, 2008, p. 30).

Ainda quanto ao *tort*, tem-se também que esse dano é “dedutível per se” nos países da *Common Law*, ou seja, fundamenta-se uma demanda indenizatória, ainda que não se demonstre um prejuízo efetivo. “O fato de não se ter sofrido prejuízo não afetará a responsabilização, apesar de poder afetar o *quantum* indenizatório” (DEAKIN, JOHNSTON e MARKESINIS, 2008, p. 940, tradução nossa).¹⁵⁸

Essa desnecessidade de ocorrência de prejuízo deriva justamente da ideia de Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p.940) de que prejuízo é a lesão ao interesse juridicamente tutelado, não necessitando porém que se demonstre ter suportado um prejuízo de outra natureza. Apesar disso, os autores confirmam que o *tort* dedutível só faz jus ao recebimento de indenização nominal e não compensatória (*compensatory damages*).

5.1.2 Da necessária ocorrência de dano moral

Nessa toada, de modo a aplicar os *punitive damages* nas relações de consumo do Brasil, há quem entenda ser imprescindível a ocorrência do dano moral. Isso porque há expressa previsão legal no Código Civil de 2002, artigo 944, de que a indenização material seja medida pela extensão do dano.

¹⁵⁸ No original: “The fact that no harm was suffered will not affect liability, though it may affect the quantum of damages”.

De toda sorte, a fixação da indenização a título de danos morais seria uma decisão discricionária do juiz, uma vez que a extensão do dano moral não é mensurável.

[...] ao aplicar critérios punitivos para calcular o valor da indenização por dano moral, doutrina e jurisprudência encontram-se diante de uma tarefa complicada, pois é difícil imaginar como evitar o enriquecimento sem causa quando se atribui à vítima um valor que não guarda relação com o dano sofrido e sim com a conduta do autor do ilícito (PUSCHEL, 2007, p. 22).

Andrade entende que, quanto aos danos morais, a falta de regra específica no ordenamento jurídico brasileiro quanto aos *punitive damages* não é óbice para a sua aplicação, justamente por encontrar-se fundamentado em princípios constitucionais de proteção de determinados direitos (ZANON, 2016).

Desta feita, quanto aos pressupostos de ordem objetiva, a incidência dos *punitive damages* depende do cometimento de um *tort*, ou seja, um ato ilícito de maior grau de reprovabilidade, assim como depende da ocorrência de um dano moral.

5.2 Dos pressupostos de ordem subjetiva

5.2.1 Do dolo e da culpa grave

Os *punitive damages* terão sua incidência admitida se o ofensor estiver imbuído de certo estado de espírito, ou seja, a reprovabilidade do ato deve ser superior ao aceitável. Ser especial de tal forma que o dolo ou a culpa grave tenham sido elementos indissociáveis da conduta, não bastando uma culpa leve.

Fazendo um adendo, quanto à mencionada “culpa leve”, André Gustavo Corrêa de Andrade diz que, nesses casos, “a indenização punitiva só poderá ser fixada em situações excepcionais, como quando o agente obtiver um ganho com o ilícito e então os *punitive damages* servirem a impedir este lucro” (2009, p. 270).

Nesse sentido, “os *punitive damages* só podem ser concedidos na relação extracontratual quando provadas circunstâncias subjetivas que se assemelham à categoria continental do dolo, quais sejam: *malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud*, entre outras. A mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de *punitive damages*, porém, a *gross negligence* (negligência grave), em alguns estados, os enseja” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p.19).

Portanto, “quanto mais consciente estiver o ofensor acerca da irregularidade da sua conduta, maior será a sua responsabilidade”(ROLLO, 2011, p. 67).

CONCLUSÃO

A teoria dos *punitive damages*, que chegou ao Brasil por meio da jurisprudência e dos precedentes dos Estados Unidos encontrou aqui divergências doutrinárias quanto à sua implementação ao ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, no campo do direito do consumidor, enquanto valores de maior apreço estão o princípio da igualdade e a proteção dos consumidores enquanto coletividade. Fundamentos que restaram demonstrados pelo instituto da justiça pública e pelas funções preventiva e punitiva, constituídos nos *punitive damages*, como meios de assegurar tais garantias.

Compreende-se, ainda, que a aplicação da reparação punitiva, ou os chamados, *punitive damages* às relações de consumo, possui um antigo histórico em países da *Common Law*, principalmente nos Estados Unidos, mas, mesmo assim, é tema que ainda possui muito enfrentamento e críticas na doutrina e na jurisprudência.

Porém, apesar ter surgido na *Common Law* e, diante do fato de o Brasil adotar o *civil Law*, pode-se perceber, com o presente trabalho, que isso não se consubstancia em óbice para aplicá-lo no Brasil. Com efeito, o debate acerca das impossibilidades de sua aplicação também perpassa críticas quanto ao arbitramento de sentenças milionárias, a violação ao princípio da legalidade e a destinação dos recursos obtidos a títulos de *punitive damages*, de modo a não gerar enriquecimento sem causa.

Em contraponto às críticas, este trabalho foi desenvolvido com amparo na doutrina, sob o argumento da insuficiência do paradigma reparatório, o qual se prestou a ressaltar a importância de haver uma inovação nos instrumentos da responsabilidade civil, de modo a fazer cessar as indenizações irrisórias e as condutas dolosas dos fornecedores. Se desenvolve, portanto, não só a verdadeira viabilidade, como também a necessidade de sua aplicação, de modo a trazer mais eficácia à responsabilização civil, uma vez que, conforme comentado, o paradigma ressarcitório não é mais suficiente na proteção dos direitos dos consumidores e na garantia do princípio da igualdade.

Ante todo o exposto, considerando, por óbvio, os argumentos das correntes que aqui se opõe, restou claro ser - o instituto da reparação punitiva - necessário e viável instrumento de inserção nas relações de consumo do Brasil, feitas às devidas adaptações ao pátrio sistema jurídico da Civil Law.

Por isso, na dimensão constitucional e legal, entende-se pela aplicabilidade do instituto da indenização punitiva, para a realização do preceito constitucional e legal dos direitos dos consumidores.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *punitive damages* na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva - Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Lumen Juris, 2009.

BELLI SR., Melvin M.. ***Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society***, in **UMKC Law Review**, vol. 49, n. 1, 1980, págs. 1/23.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL, **Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2/06/2017.

_____, **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19/06/2017.

_____, **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Relator: A.C.Mathias Coltro. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_2133944320078260100_SP_1310966097386.pdf?Signature=30qZeOy6RcEMbqUrz3jgWfXbJD4%3D&Expires=1497310043&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=5635b7df043e4f1950eb73048b039a87> .

Acesso em: 12/06/2017.

CNJ, **Justiça em números 2016**: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 11/06/2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2**. – São Paulo: Saraiva, 2004.

D’ALESSANDRO, Elena. *Pronunce Americane di Condanna al Pagamento di Punitive Damages e Problemi di Riconoscimento in Italia*, in *Rivista di Diritto Civile*, anno LIII, n. 3, mag.-giug./2007, págs. 383/406.

DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 6th ed., New York, Oxford, 2008.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele**. 2. ed. Leme: J.H Mizuno, 2004.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A Punição na Responsabilidade Civil: A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

LEITE, Rafael Batista. **A função punitiva do dano moral**. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**, São Paulo, RT, 1992.

LOURENÇO, Paula Meira. **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Coimbra, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p.15-32, jan/mar, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MINER, Michael L.. *Expanding Availability of Punitive Damages in Contract Actions*, in *Indiana Law Review*, vol. 8, 1975.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador.** Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RHEINGOLD, Paul D. *The MER/29 Story-- An Instance of Succesful Mass Disaster Litigation.* 56 Cal. L. Rev. 116 (1968). Disponível em: <www.scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss1/9/>. Acesso em: 12/06/2017.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP**, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005, p. 173-174.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores.** São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011

STJ - REsp: 1036485 SC 2008/0047870-0, Relator: **Ministra Nancy Andrighi**, Data de Julgamento: 18/12/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2009 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6073984/recurso-especial-resp-1036485-sc-2008-0047870-0-stj>. Acesso em: 22/06/2017.

SUNSTEIN, Cass R; HASTIE, Reid; PAYNE, John W; SCHKADE, David A; VISCUSI, W. Kip. *Punitive Damages : how juries decide.* 2002

UILAN, Eduardo. **Responsabilidade Civil Punitiva, Tese (Doutorado)** – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão – Os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZANON, Patricie Barricelli. *Punitive Damages* no Direito do Consumidor Brasileiro. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, 2016, p 231-244.

WADA, Ricardo Morishita. **As Práticas Abusivas e o Dano Moral Coletivo no Código de Defesa do Consumidor.** 2003. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO NA ELABORAÇÃO DE PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS NO ÂMBITO FEDERAL: ESTUDO DE CASO SOBRE A ADI 4983 E SUAS REPERCUSSÕES NO CONGRESSO NACIONAL¹⁵⁹

THE INFLUENCE OF DECISIONS OF THE JUDICIARY IN THE PREPARATION OF FEDERAL LEGISLATIVE PROPOSALS: A CASE STUDY ON ADI 4983 AND IT'S REPERCUSSIONS IN THE NATIONAL CONGRESS

Jéssica Guedes Santos

SUMÁRIO: 1. Separação dos poderes e o Estado – 1.1. Princípio da separação dos poderes no Estado Democrático – 2. Última palavra constitucional e legitimidade: interpretação judicial e interpretação legislativa – 2.1. Teoria dos Diálogos Institucionais – 3. Estudo de caso: ADI 4983, EC 96/2017 e Lei 13364/2016 – 3.1. Metodologia do Estudo de Caso – 3.2. ADI 4983 – 3.3. Processo Legislativo: Lei 13364/2016 e EC 96/2017 – 3.4. Influência da ADI 4983 no processo legislativo federal.

RESUMO

A tripartição dos poderes é um dos cernes do surgimento do Estado, pois estabelece que o poder estatal deve ser dividido entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para possibilitar que o exercício das funções mantenedoras do Estado seja realizado de forma imparcial. Neste sentido, cada poder tem limites de atuação bem definidos. Todavia, a interação entre os poderes se modifica diante da existência do Estado Democrático de Direito. O Judiciário passa a exercer o controle de constitucionalidade e a invalidar atos legislativos com base em violação de preceitos constitucionais, sendo que, anteriormente somente o Legislativo, na atividade legiferante, era responsável pela interpretação constitucional. Neste contexto, surge embate constante entre a prevalência da interpretação constitucional judicial e legislativa, embate no qual o Judiciário tem sido o vencedor e, conseqüentemente, suas decisões tem impactado diretamente a atividade do Poder Legislativo. Todavia, tal situação não gera benefícios democráticos, pois, em casos sensíveis, para se ter uma

¹⁵⁹ O presente artigo foi construído com recorte da monografia de mesmo título apresentada para a obtenção do título de bacharela em Direito na Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP)

decisão eficaz, devem-se analisar todas as variáveis inerentes e apresentadas pelos integrantes do Judiciário e do Legislativo por meio da existência de diálogos institucionais. Com base neste cenário, a presente pesquisa busca analisar a influência que a interpretação judicial do Supremo Tribunal Federal gerou no âmbito do Congresso Nacional por meio do estudo de caso da ADI 4983 e da tramitação da Lei nº 13364/2016 e da Emenda Constitucional 96/2017.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Harmonia. Interpretação Constitucional. Diálogos Institucionais.

ABSTRACT

The tripartition of powers is one of the bases of the State, since it had been established that state power must be divided in the Executive, Legislative and Judicial branches to enable the exercises of the functions of the State to be carried out impartially. In this sense, each power has well defined limits of performance. However, the interaction between powers changes through the existence of the Democratic State of Law. The Judiciary begins to exercise the judicial review and to invalidate legislative acts based on violation of constitutional rules in a context in which previously only the Legislature was responsible for constitutional interpretation. In this context, there is a constant clash between the prevalence of judicial and legislative constitutional interpretation, a conflict in which the Judiciary has been the winner and, consequently, its decisions have directly impacted the activity of the legislature. However, this situation does not generate democratic benefits, because in sensitive cases, in order to have an effective decision, all variables inherent and presented by members of the Judiciary and the Legislature must be analyzed through institutional dialogues. Based on this scenario, this research seeks to analyze the influence that the judicial interpretation of the Federal Supreme Court generates within the scope of the National Congress through the case study of ADI 4983 and the procedure of Law 13364/2016 and Constitutional Amendment 96/2017.

Keywords: Separation of powers. Harmony. Constitutional Interpretation. Institutional Dialogues.

INTRODUÇÃO

A teoria da separação dos Poderes foi um marco para o desenvolvimento da sociedade contemporânea. O poder do Estado, anteriormente concentrado de forma absoluta na figura do rei, foi dividido diante de três formas de atuação estatal: Executivo, Legislativo e Judiciário. Na visão clássica, cada poder tem seu âmbito de atuação pontualmente definido.

Todavia, com o advento do Estado Democrático, as nuances de interação entre os poderes se fortificam e se modificam, gerando malefícios e benefícios para a defesa da segurança jurídica e da própria democracia. Assim, o presente trabalho busca analisar uma

dessas nuances: a influência das decisões do Poder Judiciário na elaboração de proposições legislativas no âmbito federal. O cerne do trabalho é refletir sobre questões sensíveis que podem melhorar a interação entre os poderes e, consequentemente, viabilizar o fomento da harmonia entre os poderes no sentido de tomada de decisões que sejam propulsoras de segurança jurídica.

O atual contexto nacional é propício para o estudo do tema, que se mostra interessante na medida em que a atuação do Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal (STF), detém grande repercussão política, tanto no reflexo social das decisões quanto no próprio Congresso Nacional. Sendo que, o fortalecimento da atuação da Corte Constitucional perpassa pela construção da legitimidade de atuação em sede de controle de constitucionalidade.

A concessão da prestação jurisdicional pela Corte Suprema pode gerar dois caminhos de reação em cadeia no Parlamento Brasileiro, fatos que acontecem especialmente em casos mais polêmicos. Primeiro, em várias situações, o STF decidiu questões que deveriam ter sido discutidas e reguladas pelo Poder Legislativo Federal. Existe uma verdadeira infinidade de fatores relacionados à inércia legislativa, sendo que, a separação de poderes sempre é avocada para fundamentar a ilegitimidade da decisão judicial. Segundo, o Legislativo, em diversas oportunidades, produz verdadeira revisão da decisão, elaborando leis totalmente contrárias à interpretação constitucional concedida pelo STF. O Judiciário declara a inconstitucionalidade de uma lei e o Legislativo produz nova lei dispondo exatamente o contrário.

Neste cenário, percebe-se que as decisões do Supremo estão influenciando diretamente a produção legislativa no âmbito do Congresso Nacional. A atual relação entre Judiciário e Legislativo no Brasil se compara a um ringue de boxe, no qual cada um luta para ver quem tem a última palavra sobre a constitucionalidade de determinadas questões. Todavia, tal situação não fornece decisões que fomentem a segurança jurídica e prejudica a harmonia que deve existir entre os poderes. Assim, tendo noção de que ambos os poderes são legitimados e devem realizar interpretação constitucional, se torna necessário que a atuação dos poderes seja pautada em uma única direção que possibilite a avaliação de diversas variáveis legítimas abarcadas pelo Legislativo e pelo Judiciário: os diálogos institucionais, ou seja, a construção conjunta de decisões em casos sensíveis.

Neste sentido, a problemática da pesquisa se concentra na seguinte análise: em que medida a inconstitucionalidade da vaquejada, declarada pelo STF na ADI 4983, influenciou a concessão do status de manifestação cultural dessa prática por meio elaboração da Lei 13364/2016 e EC 96/2017. Para tanto, os marcos teóricos do trabalho são o princípio da separação dos poderes, a interpretação constitucional judicial e legislativa e os diálogos institucionais.

A hipótese inicial da pesquisa se dirige no sentido de confirmar a influência direta da ADI 4983 nas elaborações de proposições legislativas federais que vincularam a prática da vaquejada ao patrimônio imaterial cultural brasileiro e a manifestação cultural.

O trabalho utiliza a metodologia organizada pela pesquisa sociojurídica. Esta abordagem permite a análise de institutos e conceitos que se encontram fora do mundo jurídico ou que são estudados de forma menos aprofundada pelo Direito do que por sua área de origem. Duas técnicas foram utilizadas no processo de coleta de dados: pesquisa bibliográfica e estudo de caso.

1 SEPARAÇÃO DOS PODERES E ESTADO

Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu), com o intuito inicial de estabelecer diretrizes para a estabilidade estatal, desenvolveu a teoria da tripartição dos Poderes na obra “O Espírito das Leis”. Os pensamentos de Montesquieu foram além dos limites geográficos previstos e foram implementados em outras regiões do globo terrestre, sendo que, em certa medida, atualmente, se fazem presentes em quase todos os Estados Modernos.

Montesquieu defende a existência de três espécies de governo: republicano, monárquico e despótico. No governo republicano, o povo, todo ou em parte, exerce o poder;

já na estrutura monárquica, um único indivíduo governa com base em leis preestabelecidas enquanto no governo despótico um só governa com base exclusiva na sua vontade¹⁶⁰.

Nesta estrutura de pensamento, Montesquieu destaca que o patriotismo é fundamental para gerar a manutenção da República, pois estimula o serviço à Pátria no sentido de que os cidadãos unirão esforços, buscando atingir a potencialidade do seu serviço, para melhor formar a República¹⁶¹. Desta feita, o autor defende, em linhas claras, que o Estado estável não necessita somente de estrutura organizacional, mas de envolvimento direto com os cidadãos em todos os âmbitos da atuação estatal e não somente no campo político (voto). Parte da estabilidade estatal perpassa pela aceitação social, assim, o cidadão deve ser componente ativo do Estado, afinal, “o governo é como tudo no mundo: para conservá-lo, precisa amá-lo”¹⁶².

Com relação à estrutura organizacional, Montesquieu defende que a liberdade política é condição intrínseca para estabilidade de qualquer Estado, sendo que, “a liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer o outro”¹⁶³.

Destaca-se, assim, que o autor entende liberdade política como legalidade¹⁶⁴, que, em última instância, tem como fim a obtenção da segurança jurídica, a qual, por sua vez, visa propiciar a estabilidade por meio da prévia definição de regras e procedimentos aplicados na vida estatal. A liberdade política é exercida por leis elaboradas em conformidade com a vontade popular¹⁶⁵.

Apesar de todas as considerações acerca da estabilidade do Estado, Montesquieu chegou à conclusão de que os indivíduos, uma vez que detenham poder, irão usurpar para fins próprios e prejudicar a boa manutenção e a estabilidade do Estado.

¹⁶⁰MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 8ª ed. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 87.

¹⁶¹Ibidem. p. 118 - 120.

¹⁶²Ibidem. p. 115.

¹⁶³MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 8ª ed. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 169.

¹⁶⁴PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional- Um contributo para o estudo de suas origens e evolução**. Coimbra Editora, 1989. p. 90.

¹⁶⁵MONTESQUIEU. Op.cit. p. 167.

Assim, Montesquieu tece a clássica teoria tripartite da separação dos Poderes estabelecendo que o Estado é constituído pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário¹⁶⁶, os quais devem ter formas de controles mútuos para fomentar o desenvolvimento do Estado configurando, portanto, a doutrina dos freios e contrapesos. Para executar a função de *checks and balances*, se faz necessária, além de clara delimitação do âmbito de atuação de cada Poder, o fornecimento de garantias institucionais que concedam condições verdadeiras para a fiscalização mútua¹⁶⁷.

Destaca-se que a teoria de Montesquieu versa sobre a forma de dividir o Poder e não de como harmonizá-los¹⁶⁸, fator que, em momento posterior a implementação da tripartição, proporciona uma série de outras dinâmicas entre os Poderes. No mesmo sentido, destaca-se que “o arranjo de poderes constante do Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis” deve ser compreendido no seu respectivo contexto histórico. Isso porque ele cumpriu um propósito específico: prevenir o absolutismo, que fora derrotado nas revoluções liberais “¹⁶⁹.

Em suma, Montesquieu apresentara a necessidade de separação entre os Poderes visando que nenhum indivíduo usurpasse do poder para usar ao seu bel prazer e prejudicar a manutenção da paz social. Para o autor, a função precípua da separação é garantir o pleno desenvolvimento social por meio do estabelecimento de normas que efetivem a segurança jurídica, as quais foram elaboradas, fiscalizadas e julgadas por indivíduos diferentes, imparciais e alheios aos seus próprios interesses e opiniões em face da primazia do bem comum.

E, aqui, *data máxima venia*, também reside seu erro. Percebe-se que, ao redor do globo terrestre, na atual dinâmica de relações, é impossível querer delimitar a atuação dos poderes como tão pontualmente foi realizado pelas teorias clássicas apresentadas neste trabalho. A dinâmica do Estado Democrático de Direito favorece as interações e, mais do que isso, condiciona que o bom funcionamento do Estado perpassa pelos mecanismos de freios e contrapesos com um viés atualizado, o que significa dizer que os Poderes passam a exercer

¹⁶⁶ Ibidem. p. 169.

¹⁶⁷ Ibidem. p. 28.

¹⁶⁸ Ibidem. p. 28.

¹⁶⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”. In **Revista dos Tribunais**, vol. 868, 2008, p. 15.

mais influência e mais controle uns nos outros por conta da nova dinâmica de funções instituídas na atual realidade de Estado.

Todavia, qualquer crítica deve ter como base as teorias citadas, inclusive para buscar o aprimoramento e a própria adequação das ideias de grande pensadores ao contexto atual. Neste sentido, ressalta-se que o intuito maior a ser perseguido foi aquele sabiamente exposto por Montesquieu: a harmonia entre os poderes para propiciar a boa manutenção estatal e garantir o bem da sociedade.

1.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição, norma suprema dos Estados e - como leciona Hans Kelsen - o parâmetro de validade do ordenamento jurídico, deve estabelecer os principais critérios para funcionamento de um Estado, inclusive a previsão da tripartição dos poderes¹⁷⁰. Mais do que isto, a Constituição surge “como instrumento orientado para conter o poder, em favor das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana”¹⁷¹.

Desta feita, a tripartição dos poderes deve ser prevista no texto constitucional guardando consonância com algumas das ideias clássicas, é dizer, a função precípua do Executivo é executar as leis e zelar pela administração estatal, a do Legislativo é elaborar leis e a do Judiciário é julgar e aplicar as normas aos casos concretos.

A separação dos poderes na ótica constitucional encontra como fundamento direto o princípio da democracia, que é uma das temáticas mais estudadas na história da humanidade. A vivência de cada momento político possibilitou o desenvolvimento de diversas teorias acerca da Democracia. O ponto comum da maioria desses pensamentos é a necessidade de participação popular na dinâmica estatal, até mesmo para concretizar e conceder efetividade aos ditames do contrato social.

¹⁷⁰Sobre o assunto, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho no painel “Separação de Poderes, Governabilidade e Desenho Institucional da Constituição de 1988” realizado no XX Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP, no dia 26 de outubro de 2017, defendeu que um dos motivos do surgimento do constitucionalismo é conceder proteção ao princípio da separação dos poderes.

¹⁷¹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.35.

O povo deve exercer o poder de escolher o caminho pelo qual o Estado irá percorrer, seja por meio da concessão da representação conferida pelo voto, seja pelo exercício do controle dos atos dos agentes estatais. Nesta toada, surge a definição de Estado pautado pela efetivação dos ditames democráticos. O Estado Democrático de Direito possibilita a existência da separação dos poderes na medida em que oferece mecanismos para a concretização da democracia no âmbito interno dos países. Em certa medida, por conta do princípio democrático, a visão clássica acerca do princípio da separação dos Poderes foi bastante modificada¹⁷².

Na teoria clássica é possível analisar de forma clara a atuação separada de cada poder. Todavia, a aplicação da tripartição dos Poderes é complexa e transforma os moldes inicialmente pensados pelos criadores da teoria. Ao mesmo tempo em que são dotados de independência, os Poderes devem ser harmônicos entre si, por isso, é necessária a coexistência e o liame lógico entre os atos decisórios executivos, legislativos e judiciários. Em linhas práticas, isto significa que o princípio da separação dos Poderes convive com todos os fatores sociais e jurídicos da sociedade, especialmente com os preceitos constitucionais.

Neste cenário, surgem as primeiras indagações sobre os novos rumos do viés contemporâneo da tripartição dos poderes. A aceitação do Legislativo como poder supremo, no sentido de intocabilidade do processo legislativo, não foi acolhida por grande parte dos Estados, especialmente no contexto anglo-saxónico marcado pelo domínio da *common law*¹⁷³ por não manter pertinência com o princípio democrático. Não se acreditava que a atividade legiferante teria como intuito central a preservação e desenvolvimento do bem comum social.

Assim, a positivação do princípio da separação dos poderes colocou condicionantes para a atuação do Legislativo, porém, sem olvidar a necessidade do Estado pautado pelo princípio da legalidade¹⁷⁴. Os Estados passaram a aceitar que seria preciso estabelecer uma forma de controle dos atos legislativos e encontraram a solução do problema no Judiciário, poder que anteriormente tinha sua função reduzida a aplicação mecânica¹⁷⁵ das normas

¹⁷²PIÇARRA. Op. cit. p. 232.

¹⁷³PIÇARRA, Op. Cit.p. 200 - 201.

¹⁷⁴A formação e o contexto histórico dos Estados explicam a adoção e reflexos do sistema de *common law* ou de *civil law*. Destaca-se que os Estados anglo-saxónicos, por conta da série de Revoluções enfrentadas a favor do fim do Absolutismo, também encontram-se marcados - assim como todos os Estados - por suas raízes históricas e, a desconfiança na atuação do Legislativo, é um desses frutos.

¹⁷⁵PIÇARRA. Op. cit. p. 96.

produzidas pelo Legislativo. Com base nisso, foram criados mecanismos de controle judicial da edição de normas atualizando o mecanismo de *checks and balances*.

Por óbvio que, levando em conta a tensão da relação do exercício de controle entre os poderes, já que cada um é dotado de independência prevista no texto constitucional do Estado, não é tarefa simples estabelecer qualquer mecanismo de controle. Neste sentido, Nuno Piçarra resume brilhantemente a dinâmica do princípio da separação dos poderes no atual contexto de Estado Democrático:

Um efetivo controle do poder pelo poder pressupõe que os centros de poder entre os quais se há-de processar a relação de recíproco controle possuam características diferenciadoras capazes de os contrapor ou de criar entre eles tensões. Entre o órgão legislativo e o órgão jurisdicional tais características não decorrem do fato de cada um deles representar forças político-sociais portadoras de interesses divergentes, mas, simplesmente, do fato de cada um deles exercer funções material e teleologicamente diferentes, entre as quais existe uma particular tensão. Porque a natureza da lei é política mas também jurídica, porque a sua componente política pode sobrepor-se à sua componente jurídica e pode postergar os valores jurídico-constitucionais fundamentais, ela convoca ipso facto no Estado de Direito - em que, pela disposição das coisas o poder limita o poder - um freio e um contrapeso, ou seja, um poder destinado a garantir na lei esses valores¹⁷⁶.

Trazendo as análises apresentadas para o atual contexto brasileiro, podemos afirmar que a Constituição de 1988 privilegia a construção de um Estado Democrático de Direito¹⁷⁷ estrutura com base na tripartição dos Poderes nos termos dos seus arts. 1º e 2º. Assim, a plena observância dos princípios democráticos e da separação dos poderes garante a existência de mecanismos de controle entre os Poderes de forma a não condicionar a palavra final sobre um ato a nenhuma das estruturas, já que, o controle deve ser exercido reciprocamente.

O que não obsta que - e este é o cerne da pesquisa - que os Poderes conversem entre si para estabelecer o mesmo parâmetro decisório sobre uma questão, pois “a meu ver, que a

¹⁷⁶PIÇARRA. Op. cit. p. 260.

¹⁷⁷Neste sentido, Miguel Reale leciona, na obra O Estado Democrático de Direito e o conflito de Ideologias (2005, p.2), que “poder-se-á acrescentar que o adjetivo “Democrático” pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito meramente formal, a um Estado de Direito e Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. ‘Estado Democrático de Direito’, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a ‘Estado de Direito e de Justiça Social’ ”.

última palavra, se não é necessariamente um mito ou uma questão irrelevante, é relativa. A última palavra é, no máximo, “provisória”, e não há como escapar disso¹⁷⁸.”

Destaca-se que, aqui, esse entendimento encontra consonância com a regra constitucional, que possui termos claríssimos: os Poderes devem interagir de forma a propiciar o melhor desenvolvimento do Estado e da sociedade mediante a atuação de suas funções típicas, a interligação lógica entre os atos decisórios e o exercício do controle recíproco delimitado pelos preceitos constitucionais.

2 ÚLTIMA PALAVRA CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE: INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA¹⁷⁹

Hans Kelsen defende que a jurisdição constitucional deve ser exercida por um Tribunal Constitucional. Kelsen tece as primeiras considerações acerca do controle concentrado de constitucionalidade, que é o exercício interpretativo realizado pelo Judiciário para analisar a validade da lei abstrata perante os preceitos constitucionais. O Tribunal Constitucional kelseniano dita que a atividade de interpretação constitucional (jurisdição constitucional) é eminentemente jurídica. Todavia, o próprio Kelsen admite que o Tribunal Constitucional exerce posição política dentro de um contexto institucional por conta da jurisdição constitucional, porém, isto não seria fator suficiente para retirar o exercício do controle da manutenção da supremacia constitucional do Poder Judiciário¹⁸⁰.

A ideia de *judicial review*, ao determinar que o Judiciário deve ter a última palavra na interpretação constitucional, apresenta um forte embate entre constitucionalismo e democracia, entre legitimidade das Cortes Constitucionais e legitimidade democrática¹⁸¹. Neste sentido, exsurge a seguinte questão: quem deve ser o Guardião da Constituição?

¹⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. **O STF no jogo da separação dos poderes: tensões e ajustes**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12>. Acesso em: 18.05.2017.

¹⁷⁹ A pesquisa utiliza a palavra interpretação no seu sentido literal, ou seja, designa a atividade de leitura e aplicação das normas constitucionais. Todavia, vários dos aspectos apresentados no trabalho foram frutos do pensamento neoconstitucionalista, assim, apesar do objeto do trabalho não perpassar pelo estudo dessa corrente, destaca-se que o neoconstitucionalismo também expõe consequências a interpretação judicial e legislativa que, em certa medida, se assemelham as apresentadas pelo presente trabalho, pois, como leciona Humberto Ávila no artigo “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “*ciência do direito*” e o “*direito da ciência*”, essa corrente defende que o Judiciário tem primazia sobre o Legislativo.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p.248-254.

¹⁸¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e Deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo. 2008. p. 6.

Alexandre Hamilton, em *O Federalista* nº 78¹⁸², defende que o Judiciário deve ser fortalecido pelo aparato institucional porque “não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa”¹⁸³. Hamilton sugere que o Judiciário é o poder mais fraco e deve ser eivado de independência para garantir a supremacia dos preceitos constitucionais.

Sobre a atuação do Judiciário, Ronald Dworkin defende que, em uma análise democrática¹⁸⁴, o principal papel da Corte Constitucional é garantir a defesa de direitos fundamentais¹⁸⁵. Além disso, a atuação judicial ativa permite que o Judiciário apresente soluções mais adequadas para os *hard cases*, que são aqueles casos nos quais as normas postas não são capazes de atender a pretensão processual, mediante a utilização de princípios¹⁸⁶. Em outras palavras, o pensador defende que a escolha da maioria nem sempre irá estar atrelada a uma decisão boa e correta¹⁸⁷ para o desenvolvimento social.

Assim, o papel contramajoritário da Corte possibilita a igualdade de poder (*equality of power*) entre todos os agentes sociais. Na mesma direção, Luís Roberto Barroso defende que o papel contramajoritário das Supremas Cortes é aceito na ampla maioria dos países que adotam o controle de constitucionalidade, sendo que, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é atrelada às proteções dos direitos fundamentais e da democracia, inclusive no que tange aos arranjos políticos legislativos e a participação popular¹⁸⁸.

Barroso também destaca que a Corte tem mais parcimônia para tratar de direitos das minorias sociais, que ficam em segundo plano diante das decisões majoritárias vinculadas ao

¹⁸² Interessante destacar que *O Federalista* foi escrito dentro do contexto de criação da Constituição Americana, sendo assim anterior a ideia de Tribunal Constitucional de Hans Kelsen.

¹⁸³ MADISON, James *et alii*. **Os artigos federalistas, 1787-1788: edição integral**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 479.

¹⁸⁴ Destaca-se que Dworkin entende a democracia como forma de filiação moral entre os indivíduos, o que leva o autor a elaborar um conceito próprio de democracia. Como o objeto do trabalho não é analisar a implicação dos vários conceitos de democracia no exercício do controle de constitucionalidade, optou-se por não se debruçar sobre a análise dworkiana de democracia para não fugir do objeto de estudo da pesquisa e somente apresentar as argumentações relativas à defesa da legitimidade das Cortes Constitucionais no exercício da *judicial review*.

¹⁸⁵ MENDES, 2008, Op. cit. p. 6.

¹⁸⁶ VICTOR, Op.cit. p. 128.

¹⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.71.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**. v.2. n.2. 2016. p.524.

Legislativo, assim, o papel contramajoritário da Corte é envolto, ao inverso do que expõem as críticas ao *judicial review*, a sua não subordinação ao sistema político e eleitoral.

Do outro lado do debate, defende-se que o Legislativo é o poder mais capacitado para analisar a constitucionalidade das leis, pois detém legitimidade democrática e tem como função precípua a atividade legiferante. Jeremy Waldron defende que o *judicial review* privilegia a maioria de votos dos magistrados não eleitos em face das escolhas dos representantes eleitos com base na soberania popular, o que significa dizer que o voto da maioria dos magistrados está tendo primazia sobre o voto e interesse da maioria dos cidadãos¹⁸⁹.

Interessante destacar que Waldron baseia sua argumentação na ideia de instituições democráticas. Nesse contexto, cada instância institucional tem sua atuação e forma de funcionamento previamente estabelecida respeitando os direitos fundamentais inerentes as classes majoritárias e minoritárias do Estado. Desta feita, o Parlamento deve manter a igualdade política e, caso não o faça, “todos os membros da sociedade entenderão que essa é uma crítica apropriada a ser feita e que, se necessário, o legislativo e o sistema eleitoral devem ser alterados para que isso seja remediado.”¹⁹⁰

A visão de Jeremy Waldron é calcada no entendimento de que a interpretação sobre os direitos sempre vai gerar discordância, pois, por si só, são situações polêmicas que envolvem diferentes pontos de vista, assim, “falando de maneira geral, o fato de pessoas discordarem sobre direitos não significa, necessariamente, que uma das partes da discordância não leve os direitos a sério”¹⁹¹. Tal posicionamento se torna interessante na defesa de Waldron, pois legitima a diferença de interpretação entre o Parlamento e os magistrados. Todo o sistema jurídico é criado com base em discordâncias já que o direito é multifracionado, todavia, deixar que a *judicial review* solucione essas discordâncias mascara o verdadeiro intuito que tais decisões devem ter que é fornecer definições abstratas e gerais para a vivência social por meio da soberania popular¹⁹².

¹⁸⁹WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao *judicial review***. In: BIGONHA, Antônio; MOREIRA, Luis. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.98.

¹⁹⁰WALDRON, Op.cit. p.105-106.

¹⁹¹Ibidem, p.114.

¹⁹²Ibidem. p.115-117.

Ainda existe uma terceira visão sobre o assunto, a qual condiciona que o povo deve ter papel ativo na interpretação judicial. Neste sentido, criou-se a teoria do constitucionalismo popular, que entende que a verdadeira interpretação de preceitos constitucionais fundamentais deve ser realizada por meio de debate público com a participação da sociedade como um todo¹⁹³.

Por todos os moldes gerais expostos, percebe-se que existe clara divergência acerca de quem deve ser o guardião da Constitucional. O Judiciário ganhou primazia nessa função pela imparcialidade e atividade técnica jurídica que desenvolve no exercício do controle de constitucionalidade. A Corte Constitucional não tem o ônus eleitoral e, assim, se transformou em garantidor efetivo de direitos. No outro viés, entende-se que o guardião da Constituição deve ser o poder Legislativo, uma vez que sua atividade precípua, desde os moldes clássicos inicialmente pensados, consiste na elaboração de leis. O corpo de legisladores é formado pela vontade popular manifestada através do voto e, conseqüentemente, constitui representantes dotados de legitimidade democrática.

Cada decisão relacionada a direitos configura uma decisão política que detém potencialidade de gerar discordância dentro do seio social e jurídico. Porém, e aqui é interessante ressaltar os ensinamentos de Jeremy Waldron, discordâncias são absolutamente normais dentro de um contexto democrático. O que não é normal, nem saudável para a sociedade, é um embate constante entre os poderes.

O caráter contramajoritário rodeou a atividade jurisdicional a tal ponto que a *judicial review* passou a substituir a vontade do legislador. Fator que não instantâneo e também reflete a culpa do próprio Legislativo, posto que a falta de atuação legiferante em determinados casos levou ao fortalecimento do controle de constitucionalidade e a legitimidade de atuação do poder Judiciário perante a população, que, afinal, também configura agente ativo na interpretação constitucional, já que são os indivíduos que irão sofrer as conseqüências práticas das decisões, independentemente de quem decida. A falta de atitude e de representatividade

¹⁹³TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. p.181.

do Legislativo culminou em concessões de “super poderes” ao Judiciário, aliás, tal ideia se mostra presente diante da judicialização da política¹⁹⁴.

O Judiciário, como defendia Hamilton, não é um poder fraco. Pelo contrário, atualmente, o Judiciário se manifesta como o poder mais forte dentro da tripartição dos poderes, pois detém possibilidade de configurar a última palavra acerca da constitucionalidade de atos legislativos, inclusive, tal legitimidade foi conferida pela aceitação social do papel da Corte Constitucional dentro de um Estado Democrático de Direito. O Tribunal Constitucional passou a exercer função política central na estrutura estatal.

Todavia, a situação apresenta uma estrada dúplice. Quando atua dentro da possibilidade de *judicial review* definida pelo corpo constitucional, o Judiciário faz jus a sua função típica de julgador e, como tal, intérprete constitucional. Não se pode olvidar que o controle de constitucionalidade é instrumento importantíssimo dentro de um Estado Democrático de Direito por conta do seu papel de controle (*checks and balances*). Porém, quando extrapola o limite de suas atividades, o Judiciário substitui ou inutiliza a atividade legiferante gerando um déficit democrático das decisões, além da configuração do ativismo judicial.

Por óbvio que a dinâmica de relação entre Judiciário e Legislativo no âmbito da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade tem relação direta com o princípio da separação dos poderes. A independência entre os poderes estabelece que as decisões tomadas por cada um, dentro do seu limite constitucional, serão respeitadas e executadas pelos outros.

Nesse sentido, a recorrente diferença de interpretações entre o Judiciário e o Legislativo viola a lógica da tripartição dos poderes de forma mútua. O Judiciário modifica a decisão do Legislativo e o Legislativo modifica a decisão do Judiciário. Para decidir o embate é necessário responder a seguinte pergunta: quem tem a última palavra em relação a interpretação constitucional? E a resposta correta é que “a última palavra, na democracia, não existe”¹⁹⁵. O Legislativo e o Judiciário podem e devem realizar interpretação constitucional.

¹⁹⁴ Apesar de não serem objetos do trabalho, deve-se destacar que a judicialização da política e o ativismo judicial são conseqüências diretas da evolução do entendimento da atuação do Judiciário nos termos das variáveis apresentadas pelo trabalho.

¹⁹⁵ MENDES, 2008, Op. Cit. p. 4.

Não podemos mais discutir a separação dos poderes sem entender que a forma como está atualmente não é eficaz, pois condiciona mudanças rápidas e sucessivas de entendimento sobre assuntos sociais sensíveis, e, assim, prejudica a segurança jurídica da população e a própria integridade das instituições. É preciso abrir uma nova via: os diálogos institucionais.

2.1 TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A teoria dos diálogos institucionais apresenta uma nova visão acerca da discussão do guardião da Constituição e da lógica do princípio da separação dos poderes. Para essa teoria, tal figura não existe e, pelo contrário, deve ser desestimulada. O Legislativo não tem a última palavra por ser o detentor da legitimidade democrática e, da mesma forma, o Judiciário também não deve ser o guardião da Constituição por conta do exercício do controle de constitucionalidade. Ambos os Poderes podem e devem atuar como intérpretes constitucionais¹⁹⁶.

Os diálogos institucionais defendem que devem existir formas de interação entre os poderes para que a construção da interpretação constitucional possa ser realizada de forma conjunta a fim de propiciar segurança jurídica aos cidadãos e garantir estabilidade na gestão estatal¹⁹⁷. Mais do que isto, a teoria dos diálogos defende que, apesar da legitimidade inerente aos poderes, a interpretação constitucional não é condicionada a uma palavra final, pois, as instituições, quando atuam em descompasso entre si e com a sociedade, produzem decisões falhas e sem aceitação social¹⁹⁸.

Tal teoria acredita que “a flexibilidade e interação na solução de questões constitucionais complexas contribuem para a construção de respostas melhores e respaldadas em consensos mais amplos, na medida em que construídas após amplo diálogo em que cada “poder” contribuiu com sua capacidade institucional ”¹⁹⁹.

¹⁹⁶MENDES, Conrado Hübner. **O STF no jogo da separação dos poderes: tensões e ajustes**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12>. Acesso em: 18.05.2017.

¹⁹⁷MOTA, Natália Campos. **A teoria do diálogo institucional no Brasil: de um instrumento retórico à oxigenação da jurisdição constitucional**. Monografia (Especialização em Direito Constitucional). Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016. p. 17 -23.

¹⁹⁸BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012. p. 208 - 211.

¹⁹⁹Ibidem, p. 314.

Interessante pontuar que um dos principais ganhos da teoria dos diálogos constitucionais, conforme apresentados pelo trecho supracitado, é o *accountability* do processo legislativo e da decisão judicial de questões sensíveis que alterem drasticamente à vida da população.

Não se pode olvidar que, em um contexto democrático, como apontou Jeremy Waldron, a existência de discordâncias é absolutamente normal e esperada, inclusive dentro da própria Administração Pública. A democracia é marcada pelo constante embate de ideias e, conseqüentemente, pela mudança dos paradigmas interpretativos²⁰⁰, todavia, as instituições devem prezar pela obtenção da harmonia entre si. Os diálogos buscam abarcar as várias formas de pensar referentes ao caso e, assim, evitam a aplicação de uma decisão unilateral, o que culmina em ganhos democráticos para os poderes, para as instituições e para a população em geral²⁰¹.

No mesmo sentido, quando se pensa em diálogos institucionais, não se pode esquecer que os Poderes são movimentados por vários *inputs* concomitantes. Ainda que Dworkin ressalte o trabalho técnico e contramajoritário das Cortes Constitucionais, o Judiciário não é imune à influência política²⁰², ainda mais em um contexto onde atua com a aplicação de decisões *erga omnes* como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade²⁰³. A realidade nacional mostra que existem disputas de poder entre os próprios poderes e até a ideia clássica de separação permite, em alguma medida, que essa situação ocorra diante do mecanismo de *checks and balances*.

Todavia, a teoria dos diálogos institucionais se torna tão instigante porque busca, mesmo diante das variáveis sensíveis de legitimidade, limite de atuação, controle e influência mútua entre os Poderes, que existam formas de conciliar os pontos relevantes da visão dos Poderes e criar uma terceira resposta conjunta.

No Brasil, não se prevê de forma expressa a atuação dos diálogos, mas não pode se dizer que não existam. Sérgio Antônio Ferreira Victor leciona que três situações básicas

²⁰⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. **Revista de informação legislativa**. v. 51. n. 201. 2014. p. 71-72. Destaca-se que o autor, no artigo citado, apresenta interessante reflexão acerca da (des)necessidade de harmonia numa Democracia.

²⁰¹ BRANDÃO, Rodrigo. Op.cit. p. 325.

²⁰² MENDES, op.cit. 2008. p. 183.

²⁰³ BENVINDO, Op.cit. p. 74.

culminam, em alguma medida, na aplicação da teoria dos diálogos institucionais no país: a) o Senado pode conceder eficácia erga omnes às decisões do STF; b) a decisão do STF pode ser superada pela elaboração de leis²⁰⁴ e c) a decisão do STF pode ser superada pela edição de emendas constitucionais²⁰⁵.

Apesar dessas situações configurarem alterações no parâmetro interpretação constitucional, perde-se a importância que os diálogos têm no sentido de propiciar a construção conjunta da interpretação, até mesmo porque as decisões judiciais e legislativas têm aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Claro que as decisões podem ser o ponto de partida do exercício do diálogo. Porém, a premissa da teoria dos diálogos parece estar além das formas de superação das decisões do Judiciário e do Legislativo, para se concentrar em métodos que forneçam base para a efetiva troca de ideias entre os poderes, situação que pode chegar - e é o desejável - ao ponto de construção conjunta de interpretações constitucionais sensíveis.

Aqui, não se pretende extinguir nenhuma das funções dos poderes. Pelo contrário, as funções clássicas e as novas nuances da separação dos poderes - principalmente o controle de constitucionalidade - devem ser mantidas para a manutenção do Estado Democrático de Direito. A função de garantidora de direitos da Corte Constitucional teve e continua possuindo importância primordial na democracia, assim como a função legiferante do Parlamento, com base na exposição de opiniões de representantes do povo, é ponto essencial para qualquer Estado de Direito. O intuito da teoria dos diálogos não é extinguir papéis, mas sim estimular o exercício da independência e harmonia dos poderes com base em escuta recíproca e decisões ligadas às observações dos membros do Judiciário e do Legislativo.

Assim, para a teoria dos diálogos institucionais, a última palavra em interpretação constitucional não existe. Os diálogos são marcados pela verticalização da discussão, o que significa dizer que não existe hierarquia no processo interpretativo²⁰⁶. Qualquer decisão é provisória, pois é passível de reversão, tanto legislativa quanto judicial. Mas o embate permanente entre Poderes não pode mais ser mais importante do que o fornecimento de uma decisão que estimule a segurança jurídica e a democracia.

²⁰⁴O STF, em certa medida, já se debruçou sobre o tema diante do julgamento do caso do foro por prerrogativa de função (ADI 2860) e decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade de lei que buscava substituir o entendimento da Corte.

²⁰⁵VICTOR, op.cit. p. 215-227.

²⁰⁶MENDES, op.cit. 2008. p. 97-98.

CAPÍTULO 3 ESTUDO DE CASO: ADI 4983, EC 96/2017 e LEI 13364/2016

O presente capítulo realiza a avaliação da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 4983 e os impactos que a decisão do Supremo Tribunal Federal gerou no âmbito do processo legislativo federal com base nas variáveis expostas até aqui. Inicialmente, apresenta-se a metodologia utilizada para a realização do estudo de caso.

Em um segundo momento, analisa-se brevemente as questões sociais e jurídicas atinentes ao caso para contextualizar a problemática da pesquisa. Depois se passa ao processo de descrição do julgamento da ADI 4983 e da tramitação da Lei 13364/2016 e EC 96/2017 no Congresso Nacional. Por fim, analisa-se os efeitos que a declaração de inconstitucionalidade da prática da vaquejada produziram no Congresso Nacional diante da promulgação da EC 96/2017 e da aprovação da Lei 13364/2016 e, conseqüentemente, elevação da vaquejada como forma de manifestação cultural e patrimônio cultural imaterial.

3.1 METODOLOGIA DO ESTUDO DE CASO

O trabalho tem objetivo descritivo no sentido de estabelecer correlações entre os fenômenos estudados - ADI 4983, EC 96/2016 e Lei 13364/2016 - para analisar a interação que a decisão do Supremo Tribunal Federal produziu no âmbito do Congresso Nacional com relação à ascendência da vaquejada como manifestação cultural. Assim, quanto à abordagem, consiste em uma pesquisa qualitativa²⁰⁷.

A técnica de estudo de caso é empregada para viabilizar a análise da elaboração e tramitação da Lei 13364/2016 e da EC 96/2017 em face dos parâmetros decididos pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4983.

O estudo de caso é uma estratégia de pesquisa que tem como intuito reunir informações sobre o fenômeno objeto da pesquisa com base na análise de dados colhidos através das mais diversas fontes de pesquisa²⁰⁸, que, no trabalho em questão, se consubstancia em documentos públicos, a saber, acórdão da ADI 4983 e tramitação da Lei 13364/2016 e da EC 96/2017.

²⁰⁷ FREITAS, Wesley R. S.; JABBOUR, Charbel, J.C. **Utilizando estudo de caso(s) como estratégia de pesquisa qualitativa: boas práticas e sugestões**. Revista Estudo & Debate. v. 18, n. 2, 2011, p. 12.

²⁰⁸ FREITAS, Wesley R. S.; JABBOUR, Charbel, J.C. **Utilizando estudo de caso(s) como estratégia de pesquisa qualitativa: boas práticas e sugestões**. Revista Estudo & Debate. v. 18, n. 2, 2011, p. 11.

Para fins do presente trabalho, optou-se pela análise de um único caso por conta da representatividade do caso escolhido²⁰⁹. A ADI 4983 trata, basicamente, do conflito entre dois direitos sensíveis ao Estado Brasileiro: manifestação cultural x integridade física dos animais. Todavia, não é por tal razão que a referida ADI se torna representativa. Após a decisão do Supremo, no lapso temporal de um ano, o Congresso Nacional aprovou uma Lei e uma Emenda Constitucional estabelecendo que a vaquejada configura manifestação cultural e patrimônio cultural imaterial, o que se dirige de encontro à decisão do Supremo.

Assim, por conta das interações realizadas no âmbito interno do Congresso no curto período de tempo, o estudo de caso proposto configura-se como representativo para analisar a influência das decisões do Supremo no processo legislativo federal tendo por base o conteúdo teórico exposto pelo trabalho até aqui.

Para resolver a problemática da pesquisa, foi definido um questionamento chave para a realização do estudo de caso²¹⁰, a saber: Como a decisão da ADI 4983 influenciou a aprovação da Lei 13364/2016 e da EC 96/2017?

3.2 ADI 4983²¹¹

A ADI 4983 foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República (PGR), Roberto Monteiro Gurgel Santos, em 13.05.2013, em face da Lei nº 15299/2013 do Estado do Ceará²¹², que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural daquele Estado. A legislação estabelecia critérios objetivos para a organização da vaquejada. Ademais, a lei positivava a necessidade de cuidar da integridade física dos animais envolvidos na prática da vaquejada.

²⁰⁹ YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2005. p. 61-63

²¹⁰ Yin leciona que a utilização do estudo de caso deve ser guiada pela elaboração de perguntas chaves que irão nortear o foco do estudo. YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2005. p. 37.

²¹¹ Ressalta-se que o objetivo do trabalho não é avaliar os critérios qualitativos da decisão do Supremo, assim, o intuito não é questionar ou apoiar o mérito da decisão da ADI 4983 e sim analisar as repercussões que a referida decisão produziu na tramitação e elaboração de proposições legislativas. Todavia, para entender o contexto e os impactos da decisão, se faz necessário abordar os principais aspectos jurídicos e sociais que perpassa pela prática da vaquejada.

²¹² BRASIL. **Lei nº 15299/2013, de 08.01.2013**. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Fortaleza, CE, janeiro de 2013. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 23.05.2017.

O PGR defende que a norma é inconstitucional, pois viola diretamente preceito constitucional relativo à proteção animal. Assim, o caso em tela, apresenta o conflito entre dois direitos fundamentais presentes na Constituição brasileira: manifestação cultural e integridade animal. Neste sentido, destacam-se os arts. 215, *caput*, §1º e 225, §1º, VII da Constituição Federal.

Na inicial, o PGR argumenta que o direito ao meio ambiente constitui direito fundamental de 3ª geração, o que significa dizer que, nos termos da jurisprudência do Supremo, o meio ambiente condiciona que o ser social deve se alinhar a preservação dos recursos naturais, além de estabelecer a necessidade de conciliar os direitos da geração presente com o da geração futura. Com relação ao meio ambiente, o PGR argumenta que, nos ditames constitucionais, a manifestação cultural se encontra limitada ao bom tratamento dos animais. Além disso, defende que a vaquejada deixou de ter características culturais para somente visar benefícios econômicos para os organizadores.

A Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ) foi admitida como *amicus curiae* em 22.04.2014. Em sua manifestação²¹³, a ABVAQ defende que a vaquejada é uma manifestação cultural histórica que teve origem na Festa da Apartação, momento no qual os vaqueiros e a comunidade se reuniam com música, comida e diversão para as derrubadas das reses. A ABVAQ defende que a identificação do povo, especialmente da população nordestina, se moldou na forma de estrutura da vaquejada.

A Associação defende que a vaquejada constitui meio de estimular a economia dos municípios, e, apesar de ter se transformado, não perdeu o caráter cultural do qual sempre se revestiu. A ABVAQ defende que o Estado tem a obrigação de defender manifestações culturais como a vaquejada e, nesse sentido, já tinha até editado a Lei Federal 12870/2013 para dispor sobre a atividade dos vaqueiros e, na referida legislação, se tem previsão acerca da atividade esportiva desempenhada pelo vaqueiro.

A ABVAQ, em contraponto aos argumentos do PGR, diferencia a prática da vaquejada da farra do boi e da rinha de galos, pois tais situações não incluem nenhuma atividade que demonstre habilidade ou doma e, no caso da briga de galos, tem como único

²¹³ Intervenção do *amicus curiae*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sequebjetoincidente=4425243>>. Acesso em: 02.11.2017.

intuito levar os animais a morte. A vaquejada, por outro lado, visa provar a técnica dos vaqueiros diante da interação entre eles e os cavalos que, por sua vez, são bem cuidados e alimentados. Além disso, informa que as vaquejadas são organizadas de forma séria e com a participação de associações e veterinários que tem compromisso com o bem-estar dos animais. De forma enfática, a ABVAQ expõe que a crueldade não é intrínseca a vaquejada, pois não ultraja os animais e, ainda mais, a lei contestada define a obrigatoriedade de defesa da integridade física dos animais envolvidos nas vaquejadas.

Diante das supracitadas argumentações, o STF iniciou o julgamento da questão com o voto do relator, min. Marco Aurélio, em 12.08.2015. O relator destacou que a manifestação cultural fica em segundo plano ao se tratar do caso da vaquejada, pois, a função do Estado, é impedir a realização de crueldade com os animais e, conseqüentemente, zelar pela manutenção do meio ambiente para as futuras gerações²¹⁴. No mesmo sentido, o min. Luís Roberto Barroso, apontou que a vaquejada não detém proteção constitucional, pois, entre outros motivos, apesar dos animais não serem considerados sujeitos de direitos, não podem ser submetidos a práticas cruéis.²¹⁵

De forma divergente, o min. Luiz Fux defende que a escolha acerca da caracterização da vaquejada como esporte cabe ao Legislativo e, uma vez assim caracterizada pelo Estado do Ceará, não caberia ao Judiciário invalidar a decisão do legislador. O min. Fux também aponta que o abate de animais para fins alimentícios é mais cruel do que a prática da vaquejada e não encontra vedação no texto constitucional, assim, a vaquejada, que é esporte e forma de manifestação cultural, também não encontra limites para sua existência na Constituição²¹⁶.

Na mesma toada, o min. Teori Zavascki destacou que o Supremo estava ampliando os moldes do questionamento apresentado, pois

²¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 17.10.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23.05.2017. p. 10-14

²¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 17.10.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23.05.2017. p.55

²¹⁶ Ibidem, p. 75-77.

de modo que, aqui, não se está discutindo diretamente - pelo menos numa ação direta nem seria cabível - a constitucionalidade da vaquejada em si mesma. Nós estamos discutindo, aqui, a constitucionalidade da Lei 15.299, de janeiro de 2013, que veio regulamentar a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.²¹⁷

O STF iniciou o julgamento da ação em 12.08.2015, na oportunidade, ocorreu pedido de vista pelo min. Barroso e o processo foi incluído na pauta do dia 02.06.2016, no qual houve novo pedido de vista pelo min. Toffoli e remarcação da sessão para o dia 06.10.2016, data na qual o julgamento da ação foi concluído²¹⁸. Com base nas principais linhas argumentativas supracitadas, por maioria (6x5), seguindo o voto do relator, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da Lei do Ceará e da prática da vaquejada.

3.3 PROCESSO LEGISLATIVO: LEI 13364/2016 e EC 96/2017

A Lei 13364/2016 foi derivada do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) 1767/2015²¹⁹ e do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) 24/2016²²⁰. O PLC 1767/2015 foi apresentado pelo Deputado Federal Capitão Augusto em 01.06.2015. No texto original²²¹, a vaquejada aparece de forma incipiente, mas caracterizada como patrimônio imaterial do Brasil. A menção expressa ao termo vaquejada somente aparece no inciso VII do art. 3º do texto.²²² O texto original abarca principalmente a prática do rodeio, tanto que, a ementa original dizia que “eleva o Rodeio, bem como suas manifestações artístico-culturais, à condição de patrimônio cultural imaterial do Brasil.”

Na Câmara dos Deputados, o PLC tramitou em caráter conclusivo pelas Comissões e foi designado para tramitar na Comissão de Cultura (CCULT) e na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC). A CCULT, em 16.09.2015, adotou quatro das emendas

²¹⁷Ibidem, p. 59.

²¹⁸O caso foi objeto de embargos de declaração, mas como não teve efeitos modificativos, tal peça e suas implicações não entraram na análise do presente trabalho.

²¹⁹Todo o trâmite do projeto de lei está disponível na web. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1301384>>. Acesso em: 19.10.2017.

²²⁰Todo o trâmite do projeto de lei está disponível na web. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125802>>. Acesso em: 19.10.2017.

²²¹Texto original disponível no link: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ADF325846DC6D9937036920D3518F8C0.proposicoesWebExterno2?codteor=1342723&filename=PL+1767/2015>. Acesso em: 30.10.2017.

²²² “Art. 3º Para efeitos desta lei, consideram-se patrimônio cultural imaterial do Brasil: (...) VII - vaquejada.”

apresentadas que deram mais visibilidade para a vaquejada²²³, neste sentido, a nova ementa do PLC dizia que “eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como suas respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional”. A vaquejada passou a ser tanto objeto da lei quanto o rodeio.

O Projeto foi para a CCJC e sofreu modificações no que diz respeito a redação final²²⁴, assim, com base no relatório apresentado em 10.05.2016, a ementa final da Câmara dos Deputados passou a constar da seguinte forma “eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial.” Nestes termos, em 17.05.2016, o PLC foi encaminhado para o Senado Federal, Casa na qual começou a tramitar em 19.05.2016.

No Senado Federal, o projeto passou a tramitar sob o número 24/2016 e foi encaminhado para votação em Plenário após receber parecer da Comissão de Educação, Cultura e Esporte (CE). Inicialmente, o relator na CE era o senador Aloysio Nunes, porém, três semanas depois da definição, o senador devolveu a matéria e o senador Otto Alencar foi designado relator. O relatório do senador Otto Alencar foi apresentado em 16.08.2016 e reapresentado, sem mudança de conteúdo, em 05.10.2016.

Ressalta-se que o relatório apresenta fundamentação que até então não tinha sido vinculada no trâmite legislativo, porém já constituía forte debate no Supremo, que teve uma das sessões de julgamento da ADI 4983 em 02.06.2016.

A CE se reuniu para discutir a matéria em 01.11.2016 com base no relatório do senador Otto Alencar e no voto em separado do senador Antônio Anastasia. O voto em separado destacava, entre outros pontos, que a definição de práticas consideradas patrimônios imateriais brasileiros perpassa pelo reconhecimento de critérios próprios definidos pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

²²³ As referidas emendas estão disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas;jsessionid=ADF325846DC6D9937036920D3518F8C0.proposicoesWebExterno2?idProposicao=1301384&subst=0>. Acesso em: 30.10.2017.

²²⁴ Redação final do PLC está disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ADF325846DC6D9937036920D3518F8C0.proposicoesWebExterno2?codteor=1454536&filename=Tramitacao-PL+1767/2015> . Acesso em: 30.10.2017.

Vale a pena destacar que as discussões acerca do PLS 24/2016 ocorreram após a decisão do Supremo, o que forneceu nova roupagem ao andamento do projeto. O relator do projeto na CE, que foi vaqueiro durante muitos anos, inclusive, durante uma das reuniões, chegou a afirmar que “o Supremo não teve o menor respeito pelos vaqueiros, pela vaquejada. Nem sequer fez uma audiência pública. E se faz audiência pública no Supremo para absolutamente tudo.”²²⁵

No mesmo sentido, o senador José Agripino expôs que “a manifestação a que a Esplanada dos Ministérios assistiu semana passada²²⁶, trazendo milhares de vaqueiros, demonstra claramente que a decisão do Supremo Tribunal Federal precisa, no mínimo, ser observada ou mais bem observada. Daí a minha preocupação. A decisão foi por 6 a 5, foi por um voto, o voto de desempate”²²⁷.

Em contraponto, o senador Anastasia argumentou que: “na realidade, o projeto veio em razão do julgamento que aconteceu no Supremo Tribunal Federal. Lá, sim, se discute a criminalização ou a vedação da prática, que não é nosso objeto aqui.”²²⁸

Na mesma direção, a senadora Gleisi Hoffmann expôs que “Nós não podemos fazer isso. Toda vez que nós achamos que o Supremo decidiu de forma errada, nós vamos fazer uma PEC e mudar a Constituição?”²²⁹

Apesar das discussões, na CE, o relatório do senador Otto Alencar foi aprovado pela grande maioria da Comissão - possuindo somente dois votos contrários - e também foi aprovado requerimento de urgência para levar a questão o quanto antes ao Plenário da Casa. No mesmo dia 01.11.2016, a matéria foi aprovada pelo Plenário do Senado²³⁰. Em 30.11.2016,

²²⁵SENADO FEDERAL. **Revista “Em Discussão”**. Ano 8. nº 31. Abril de 2017. p. 10-11.

²²⁶ Ressalta-se que a decisão da ADI 4983 foi alvo de amplo debate na sociedade brasileira. Nesse sentido, foi organizado um dos maiores protestos já feitos na Esplanada dos Ministérios, quando vaqueiros ocuparam duas faixas de cada lado da via como forma de retaliação a decisão do Supremo. Para mais informações, pode-se verificar os seguintes links a) <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/10/cavalos-tomam-conta-da-esplanada-em-ato-contraproibicao-da-vaquejada.html> e b) <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-10/seis-mil-pessoas-protestam-em-brasilia-contraproibicao-de-vaquejadas>. Acesso em: 01.11.2017.

²²⁷SENADO FEDERAL. **Revista “Em Discussão”**. Ano 8. nº 31. Abril de 2017. p. 11.

²²⁸Ibidem.. p. 11.

²²⁹Ibidem. p. 13.

²³⁰ Destaca-se que na consulta pública eletrônica conduzida pelo portal e-cidadania, 17.845 pessoas eram favoráveis ao projeto enquanto 51.488 não eram favoráveis.

o projeto foi sancionado pelo Presidente da República e se transformou na Lei 13364/2016.

231

Em outra frente contrária à decisão do Supremo, o Congresso Nacional aprovou a EC 96/2017, que foi derivada da PEC 50/2016²³² do Senado e da PEC 304/2017²³³ da Câmara. A PEC teve origem no Senado Federal e teve como o primeiro signatário o senador Otto Alencar²³⁴, que declarou que a apresentou por conta da análise do PLS 24/2016²³⁵. A PEC foi apresentada em 19.10.2016 e o texto original positivou que o envolvimento de animais em manifestações culturais não configurava o tratamento cruel previsto no art. 225, §1º, VII da CF. A justificativa da PEC ditava que

Ainda em tramitação no STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983 foi proposta pelo Procurador-Geral da República, em maio de 2013, contra a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. Em julgamento realizado em 6 de outubro de 2016, o Tribunal considerou procedente o pedido formulado na inicial e, ao declarar a inconstitucionalidade da lei impugnada, asseverou que é permitida a regulamentação de manifestações culturais que envolvam animais, desde que ela seja capaz de evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática.

Em que pese não ter sido sequer publicado o acórdão, a notícia da decisão tomada pela Suprema Corte suscitou intensa polêmica entre os apoiadores da prática e os defensores dos direitos animais, e chegou mesmo a ensejar o anúncio da formação de uma Frente Parlamentar em Defesa da Vaquejada.

Dessarte, a fim de encerrar a controvérsia que ainda cerca a questão, propõe-se a presente sugestão de emenda ao texto constitucional, por intermédio da qual se busca consignar na Lei Maior, com clareza, a permissão para que as práticas culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro e comprovadamente não submetam os animais à crueldade possam se realizar sem óbices.

²³¹Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm

²³²Todo o trâmite da proposta de emenda constitucional está disponível na *web*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>>. Acesso em: 30.10. 2017.

²³³Todo o trâmite da proposta de emenda constitucional está disponível na *web*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 30.10. 2017.

²³⁴ Interessante pontuar que alguns senadores que votaram contra a elaboração da Lei foram signatários da proposta de emenda constitucional.

²³⁵Revista “Em Discussão” do Senado. Ano 8. nº 31. Abril de 2017. p. 10.

A vaquejada, assim como outras manifestações culturais populares, passa a constituir patrimônio cultural brasileiro e merecer proteção especial do Estado quando registrada em um dos quatro livros discriminados no Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial. Nessa hipótese, acaso regulamentada de forma a garantir a integridade física e mental dos animais envolvidos sem descaracterizar a própria prática, a vaquejada atenderá aos mandamentos exarados pelo Tribunal Constitucional por ocasião do julgamento da ADI 4983.

Na certeza de que esta proposta dissipará quaisquer dúvidas ainda existentes acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, rogamos o apoio de nossos Pares para sua aprovação²³⁶.

A matéria foi distribuída para a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e para o Plenário da Casa. Na CCJ, o relator foi o senador José Maranhão, que apresentou relatório favorável à matéria em 09.11.2016. No âmbito da CCJ, foi realizada audiência pública sobre o assunto em 29.11.2016. Participaram da audiência a ativista Luisa Mell, o veterinário e professor Hélio Cordeiro, a veterinária e direito do Fórum Nacional de Defesa e Proteção Animal Vânia de Fátima Plaza e o advogado da ABVAQ e Vice-Presidente da Comissão do Bem-Estar Animal da OAB de Alagoas Henrique Carvalho ²³⁷. O relatório apresentado foi aprovado como parecer da Comissão em 30.11.2016. No Plenário, a PEC foi aprovada nos dois turnos de votação em 14.02.2017.

Na Câmara dos Deputados, a PEC tramitou sob o nº 304/2017 e também não encontrou maiores dificuldades para ser aprovada. Foi instaurada Comissão Especial (CESP) para proferir o parecer em 16.02.2017 e a relatoria da PEC foi designada para o deputado Paulo Azi. Somente foi apresentada uma emenda modificativa na Comissão, de autoria do deputado Jorge Côrte Real.

No âmbito da CESP, foram realizadas duas audiências públicas sobre o assunto. Na audiência de 08.03.2017 participaram três convidados que falaram na audiência do Senado, a saber, o veterinário e professor Hélio Cordeiro, a veterinária e direito do Fórum Nacional de Defesa e Proteção Animal Vânia de Fátima Plaza e o advogado da ABVAQ e Vice-Presidente

²³⁶ Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4609537&disposition=inline>>. Acesso em: 4.11.2017.

²³⁷ Audiência pública da CCJ sobre a PEC 50/2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gj47oz9z2GE>>. Acesso em: 09.11.2017.

da Comissão do Bem-Estar Animal da OAB de Alagoas Henrique Carvalho ²³⁸. Na audiência de 15.03.2017 participaram o superintendente executivo da Associação Brasileira de Criadores de Cavalos de Quatro de milha Daniel Costadi; o criador e organizador de vaquejadas Guilherme Landim e o diretor jurídico da ABVAQ Leonardo Dias de Almeida ²³⁹.

O relator apresentou o relatório favorável à PEC em 06.04.2017 e, entre outros pontos, argumentou que

No que se refere à vaquejada, a aparente colisão entre o direito do ser humano à cultura e o direito dos animais não sofrerem maus tratos é apenas aparente, uma vez que os eventos de vaquejada atualmente realizados também possuem o exato escopo de garantir o bem-estar dos animais envolvidos nessa prática esportiva.

(...)

Para defender a Constituição e bradar a favor da nossa cultura e dos animais, o próprio Poder Constituinte Originário – emanado soberanamente do povo – nos legitimou como Poder Constituinte Derivado de Reforma, para alterar o texto constitucional quando os reclames sociais exigissem. Somos o legítimo, o legal, o jurídico espaço de debate para tanto e não podemos nos furtar a tal vocação. Eis porque este Relator acredita que esta matéria deve prosperar ²⁴⁰.

Em contrapartida, o deputado Ricardo Tripoli em 11.04.2017 apresentou voto em separado alegando que qualquer alteração do Congresso em face da decisão no Supremo na ADI 4983 já nasceria inconstitucional ²⁴¹.

Apesar dos embates entre posicionamentos, em 26.04.2017, o relatório do deputado Paulo Azi foi aprovado e passou a ser o parecer da Comissão. Em 31.05.2017, a PEC foi aprovada pelos dois turnos na Câmara dos Deputados e foi encaminhada para a promulgação, a qual ocorreu em 06.06.2017. A EC 96/2017 acrescentou novo parágrafo ao art. 225, nos seguintes moldes:

²³⁸ Primeira audiência pública da Comissão Especial sobre a PEC 304/2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7ZK-axXZ13c>>. Acesso em: 09.11.2017.

²³⁹ Segunda audiência pública da Comissão Especial sobre a PEC 304/2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6m1D2EBTJgo>>. Acesso em: 09.11.2017.

²⁴⁰ Parecer do Relator. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544468&filename=Tramitacao-PEC+304/2017. Acesso em: 04.11.2017. p. 8 e 16.

²⁴¹ Voto em separado. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544645&filename=Tramitacao-PEC+304/2017> Acesso em: 04.11.2017. p. 19-20.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.²⁴²

Destaca-se que o texto da EC equivale quase que integralmente ao texto original da PEC 50/2016 idealizada pelo senador Otto Alencar, modificou-se somente algumas disposições gramaticais.

3.4 INFLUÊNCIA DA ADI 4983 NO PROCESSO LEGISLATIVO FEDERAL

A pergunta chave do estudo de caso consiste na seguinte indagação: Como a decisão da ADI 4983 influenciou a aprovação da Lei 13364/2016 e da EC 96/2017? Por meio do estudo de caso realizado no processo da ADI 4983 e na elaboração das supracitadas espécies normativas foi possível chegar a uma resposta metodológica para tal questionamento que desemboca na própria problemática da presente pesquisa.

Inicialmente, para permitir melhor visualização do lapso temporal entre a ADI 4983 e as reações do Congresso, cabe destacar a síntese da tramitação das espécies normativas nos seguintes moldes:

²⁴²BRASIL. Constituição Federal. Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 04.11.2017.

	ADI 4983	LEI 13364/2016		EC 96/2017	
Início e caminho do trâmite	13.05.2013 Plenário	PLC 1767/2015	PLS 24/2016	PEC 50/2016 (Senado)	PEC 307/2017 (Câmara)
		01.06.2015 CCULT e CCJC	19.05.2016 CE e Plenário	19.10.2016 CCJ e Plenário	16.02.2017 CESP e Plenário
Participação democrática	24.04.2014 - <i>Amicus Curiae</i> Sem audiência pública	Sem audiência pública	Sem audiência pública	29.11.2016 – Audiência pública	08.03.2017 – Audiência Pública 15.03.2017 – Audiência Pública
Início e sessões de votação/julgamento	12.08.2015 12.06.2016	16.09.2015: CCULT 17.05.2016: CCJ	CE: 16.08.2016 05.10.2016	CCJ: 09.11.2016	CESP: 06.04.2017
Votação final	06.10.2016 (decisão final)		CE: 01.11.2016 Plenário: 01.11.2016 Sanção: 30.11.2016	CCJ: 30.11.2016 Plenário: 14.02.2017	CESP: 26.02.2017 Plenário: 31.05.2017 Promulgação: 06.06.2017
Tempo total do trâmite (STF e Congresso Nacional)	3 anos, 4 meses e 23 dias	1 ano e 5 meses		7 meses e 12 dias	

Fonte: Câmara e Senado. Tabela da autora.

Com relação à Lei 13364/2016, inicialmente, não se observou influência direta do Judiciário, pois, apesar do projeto ter sido proposto após o ajuizamento da ADI, iniciou o seu trâmite na Câmara dos Deputados antes do início do julgamento. Ainda na Câmara, a votação do projeto na CCJC, em 10.05.2016, ocorreu após o início da primeira sessão de julgamento do STF em 12.08.2015, porém não se observou que a possível posição do Supremo, conforme a descrição do processo legislativo apresentado, teve impacto no andamento do projeto na Câmara com base na análise das notas taquigráficas das reuniões das Comissões²⁴³.

Todavia, a discussão no Senado Federal se concentrou diretamente em contradizer ou apoiar a decisão do Supremo. O trâmite no Senado ocorreu após a decisão final do Plenário declarando a inconstitucionalidade da vaquejada e, se tornou, a grande propulsora do andamento da proposição na Casa, como fica nítido diante da argumentação dos senadores, durante as sessões da CE.

A decisão do STF foi proferida em 06.10.2016 e menos de um mês depois, em 01.11.2016, o Senado já tinha aprovado o projeto. No mesmo sentido, ressalta-se a velocidade com a qual o projeto se transformou em Lei, bastou somente aproximadamente 1 ano e 6

²⁴³BRASIL. Câmara dos Deputados. Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas>>. Acesso em: 12.11.2011.

meses, quando a média de projetos de autoria leva aproximadamente 2 anos e 5 meses só para tramitar na Câmara dos Deputados²⁴⁴. A decisão do STF contribuiu para acelerar a discussão dentro da CE do Senado, já que a decisão não agradou a maioria dos parlamentares.

Com relação à EC 96/2017, a influência da decisão do Supremo é ainda mais clara e direta. Aqui, o STF não só foi responsável pela aceleração do trâmite, como foi o motivo de elaboração da emenda, tal situação resta comprovada diante da justificativa do senador Otto Alencar e de todo o rol de discussões que embasou a tramitação no Senado e na Câmara. Assim como a Lei 13364/2016, a referida EC foi aprovada em tempo recorde passando apenas 7 meses e 2 semanas no âmbito do Congresso, tempo inclusive inferior ao da supracitada lei.

A partir da decisão do STF, proferida definitivamente em 06.10.2016, o Congresso Nacional passou a agir diretamente para reverter à decisão, situação que alguns autores nomeiam de ativismo congressional. Ressalta-se que o problema aqui exposto versa sobre o detentor da última palavra em interpretação constitucional.

O Supremo, no exercício do controle de constitucionalidade, decide de forma contrária ao exposto pelo legislador estadual e o Legislativo Federal estabelece critérios rígidos - emenda constitucional - para fazer valer a sua interpretação sobre o assunto diante da legitimidade democrática conferida pelo voto.

Essa percepção é tão nítida que atinge até os atores sociais, inclusive, em algumas situações, pode ser utilizada para defender os interesses de determinada classe, a depender da composição e da ideologia da Corte Constitucional ou do Congresso. Como bem expõe Juliano Zaiden, “mais do que o ato em si – também já fortemente carregado dessa qualidade conflitiva –, as palavras são capazes de levar ao ápice a percepção do que ocorre no âmbito da afirmação de poder”²⁴⁵.

²⁴⁴GOMES, Fábio de Barros Correia; et alii. **Projetos de Lei Ordinárias apresentados na Câmara dos Deputados entre 1999 e 2006: tramitação geral e dos relacionados à saúde**. E-Legis, n.02, p.21 - 27, 1º semestre, 2009, p.24. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1842>>. Acesso em: 04.11.2017.

²⁴⁵BENVINDO. op.cit. p. 75.

Diante desse quadro, surge certa problemática diante da supremacia constitucional, já que, em um Estado como o brasileiro, o processo de alteração das normas constitucionais deveria ser mais difícil do que elaboração de leis ordinárias. Situação que não se comprova mediante análise do caso, pois, apesar da obrigatoriedade de dois turnos de votação, a EC precisou da metade do tempo do projeto de lei para se consolidar como espécie normativa. Percebe-se que este cenário não preserva a supremacia constitucional e muito menos a harmonia entre os poderes porque se instaura um verdadeiro ringue de batalha no qual se pretende definir o verdadeiro - e último - intérprete constitucional.

Os legisladores, de um lado, se indignam diante da falta de tato do Judiciário ao tratar de tema tão sensível cultural, histórico e economicamente para a população que pratica e prestigia a vaquejada. E se insurgem, com razão e com o apoio de parcela significativa da sociedade, diante de uma decisão do Judiciário. Por sua vez, o Supremo esquece das prerrogativas inerentes aos detentores de mandatos legislativos e - talvez - até da própria razão de existir da vaquejada e impede a sua realização com base na proteção aos animais, decisão que também é aceita e aplaudida por parte significativa da sociedade.

Em outras palavras, a forma de composição do Legislativo e do Judiciário e, consequentemente, a legitimidade de atuação inerente a cada um dos Poderes, impacta diretamente na tomada de decisões. No caso da vaquejada, um dos principais atores - se não o principal - foi o senador Otto Alencar, que foi relator do projeto de lei e idealizador da emenda constitucional, que já tinha uma longa carreira como vaqueiro. Por óbvio que toda a experiência e a vivência do senador com a questão foi fundamental para que ele articulasse formas de proteger o exercício da vaquejada.

Ainda com relação à legitimidade, percebe-se que não houve grande deleite democrático dentro do Supremo, pois contou apenas com o interesse de uma entidade para participação como *amicus curiae* que era claramente defensora da prática da vaquejada. Além disso, não existiu nenhuma audiência pública em sede judicial sobre o tema, sendo que, na tramitação da PEC, as duas Casas realizaram audiências públicas, apesar de, pela composição dos palestrantes, a Câmara ter basicamente repetido os convidados do Senado e favorecido, de algum modo, a condição da vaquejada como patrimônio imaterial e manifestação cultural. Da mesma forma, a composição do Supremo no momento do julgamento não possuía nenhum

ministro das regiões Nordeste e Norte, que são as localidades nas quais a prática da vaquejada é mais latente.

Fato é que, a resposta do Congresso implica em duas situações distintas para o Supremo. Primeira, a Lei editada surge com presunção de inconstitucionalidade, pois vai na direção diretamente contrária à jurisprudência da Corte. Segunda, a Emenda Constitucional muda o parâmetro interpretativo da Corte, já que permite a adoção de prática antes considerada ilícita.²⁴⁶

No ringue institucional no qual se disputa a última palavra em relação à prática da vaquejada - e em qualquer embate entre questões sensíveis - não existem vencedores. Por todo o exposto até aqui, percebe-se que o Legislativo e o Judiciário atuaram nos termos permitidos pela separação dos poderes e com base nos fundamentos que privilegiam as suas respectivas interpretações constitucionais. A interpretação de qualquer um dos Poderes é limitada no sentido de que não permite uma análise em globo da questão enfrentada, até mesmo pela forma de composição de cada um. A interpretação seria bem mais rica e capaz de gerar segurança jurídica caso fosse possível complementar os estudos, os pontos de vista e as argumentações entre os integrantes do Judiciário e do Legislativo.

Todavia, ao agir em conformidade com o esperado embate de detentor da última palavra, só foi criado mais caos social e entre os poderes, estimulando uma espécie de quebra de braço institucional. Neste sentido, em maio de 2017, a PGR ajuizou ADI contra a Lei 900/2013 do Estado de Roraima²⁴⁷ e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal rejeitou ação que pugnava pela declaração de inconstitucionalidade de norma distrital que permite a vaquejada²⁴⁸. Por meio desses dois exemplos, percebe-se que após uma decisão do Supremo em controle concentrado e da elaboração de uma emenda constitucional, a questão está distante de ser pacificada e, o principal prejudicado nesse caso, é a própria sociedade.

Com base no estudo de caso apresentado, chega-se à conclusão de que o tempo de discutir acerca dos motivos de atuação do Judiciário e do Legislativo passou, devemos concentrar a análise em como exercer a cooperação eficaz e harmonização entre os Poderes

²⁴⁶BRANDÃO. Op.cit. p. 307-308.

²⁴⁷Notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344069>>. Acesso em: 04.11.2017.

²⁴⁸Notícia disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/marco/tjdft-rejeita-acao-de-inconstitucionalidade-contra-lei-distrital-da-vaquejada-no-df>>. Acesso em: 04.11.2017.

respeitando a tripartição e os ganhos democráticos de cada um e estimulando decisões sobre temas relevantes construídas com base em diálogos institucionais, possibilitando assim maior segurança jurídica das escolhas judiciárias e legislativas.

CONCLUSÃO

O intuito da pesquisa foi refletir acerca da influência que as decisões do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, produzem no âmbito do Poder Legislativo. Para tanto, foi realizado um estudo de caso de uma decisão recente e relevante no ordenamento jurídico nacional: a ADI 4983.

Assim, a presente pesquisa foi norteada pela seguinte problemática: em que medida a inconstitucionalidade da vaquejada, declarada pelo STF na ADI 4983, influenciou a concessão do status de manifestação cultural e patrimônio cultural imaterial dessa prática por meio da Lei 13364/2016 e EC 96/2017. Para enfrentar o problema, a pesquisa perpassou pelos marcos teóricos do princípio da separação dos poderes, da interpretação constitucional judicial e legislativa e dos diálogos institucionais.

Inicialmente, foi apresentada a ideia clássica sobre a tripartição dos poderes. O princípio da separação dos poderes é pedra fundamental para o desenvolvimento da estabilidade estatal, pois, desde as primeiras bases pensadas por Montesquieu, busca-se ditar condutas sociais que visem o bem comum da coletividade, caso contrário, haverá o abuso de poder. Desta feita, cada poder dentro do seu limite de atuação, deveria realizar sua função precípua de forma imparcial para proporcionar segurança jurídica com base no mecanismo de freios e contrapesos.

Todavia, com o advento do Estado Democrático de Direito marcado pelo constitucionalismo, a separação dos poderes, condicionada pela independência e harmonia entre os poderes, sofre mudanças na sua dinâmica de interação.

Preliminarmente, verifica-se que as ideias de Locke e Montesquieu perdem parte da aplicabilidade porque é impossível que os poderes sejam considerados caixas hermeticamente fechadas, é dizer, a divisão de limites de atuação é sensível e culmina na interação direta entre poderes.

Neste sentido, ao contrário dos ensinamentos clássicos, também não se acreditou que os poderes agiriam, por si próprios, de forma a fomentar o bem social. Assim, no Estado Democrático de Direito, as interações entre os poderes atingem níveis profundos nos quais se discutem qual seria o poder mais apto a ditar a última palavra acerca da interpretação constitucional.

Neste cenário, o Judiciário passa a exercer papel mais atuante do que o de mero aplicador das decisões legislativas mediante o fortalecimento das Cortes Constitucionais. O Judiciário não tem mais aquela característica de poder fraco apresentada por Hamilton. Por meio do controle de constitucionalidade, pode rever atos legislativos que não estejam em consonância com os preceitos constitucionais. Dessa forma, o Judiciário se firmou como o detentor do papel de intérprete supremo da Constituição.

Porém, não se pode esquecer da atuação do Poder Legislativo, formado por representantes eleitos pelo povo, para criar as normas que irão reger a sociedade. A legitimidade de atuação do Legislativo reside no princípio democrático firmado no poder do povo consubstanciado pelo voto. Assim, o Judiciário pode prejudicar o próprio povo ao declarar a invalidade de um entendimento constitucional positivado pelo Legislativo no ato de edição de uma norma.

Diferentemente do Legislativo, o Judiciário não é formado por membros eleitos e, conseqüentemente, não possui legitimidade democrática. Mas, a atuação do controle de constitucionalidade é marcada pela importância que as

decisões da Corte Constitucional produzem para a proteção dos direitos constitucionais, inclusive das minorias, no viés de uma atuação contramajoritária. Ademais, as Cortes Constitucionais construíram sua legitimidade com base nas decisões de casos fundamentais e, neste sentido, hoje, é difícil imaginar um Estado Democrático de Direito que não possua uma Corte Constitucional com atuação relevante.

Todas essas variáveis estimulam o objeto estudado nesta pesquisa. De um lado, o Judiciário se consolida como guardião da Constituição e do outro lado o Legislativo tem função legiferante marcada pela representação dos interesses da população. Ambos os poderes, no exercício de suas atividades, realizam a interpretação constitucional. Assim, a discussão sobre legitimidade da atuação dos poderes, apesar de ser extremamente interessante, não é mais capaz de responder os problemas suscitados pela separação dos poderes em um contexto democrático.

Neste tocante, a pesquisa apresentou que existe uma nova forma de pensar a tripartição dos poderes: os diálogos institucionais. Esta teoria preceitua que não existe última palavra quando se trata de interpretação constitucional. O Legislativo interpreta a Constituição e o Judiciário também. A decisão de qualquer um dos poderes é provisória, pois pode ser revertida pelo outro. Todavia, isto não deveria acontecer. Os poderes deveriam conversar entre si para ter uma visão completa das variantes do caso para construir uma decisão conjunta que abarque todos os pontos de vista e, conseqüentemente, proporcione segurança jurídica.

Neste sentido, a pesquisa demonstrou como a interação entre os poderes Legislativo e Judiciário está ocorrendo no contexto nacional. O Judiciário passa a crer que detém a última palavra em sede de interpretação constitucional. Esse entendimento também passa a ser consolidado pela população, em certa medida,

pela crise de representatividade pela qual os membros do Legislativo atravessam. A Corte Constitucional também começa a ter uma atuação fortemente política no sentido de firmar entendimentos que deveriam ser tomados pelo Poder Legislativo.

Assim, os poderes estão situados em ringue pela busca do poder de intérprete final da Constituição. O STF firma decisão em um sentido e o Congresso Nacional em outro. Fato que não é benéfico para a sociedade brasileira, pois as decisões de questões sensíveis se modificam de forma extremamente rápida gerando prejuízos democráticos, tanto pelas formas com as quais as decisões são tomadas quanto pela insegurança jurídica.

Desta feita, o trabalho analisou o emblemático caso da vaquejada. O STF declarou a inconstitucionalidade da vaquejada e o Congresso Nacional editou uma lei e uma Emenda Constitucional que elevaram a vaquejada ao *status* de patrimônio cultural imaterial e manifestação cultural. Com base no estudo realizado entre a ADI 4983, Lei 13364/2016 e EC 96/2017, percebe-se que a hipótese inicial do trabalho foi confirmada: as decisões do Judiciário em casos sensíveis estão influenciando a elaboração legislativa federal.

Essa conclusão gera várias problemáticas nos termos dos marcos teóricos explorados no trabalho. Destaca-se que a resposta do Legislativo foi rápida, levando aproximadamente 1 ano e 6 meses e 7 meses entre a apresentação e a sanção/promulgação da Lei e da Emenda Constitucional, o que altera o parâmetro de controle de constitucionalidade dos casos que tratam do conflito entre manifestação cultural e proteção dos animais.

A implicação desse fato é que a supremacia constitucional e harmonia entre os poderes ficam em segundo plano, uma vez que, apesar do rito de Proposta Emenda Constitucional ser mais específico do que o de Projeto de Lei,

o processo de alteração da Constituição é realizado de forma veloz dentro do Congresso. Todavia, não se pode esquecer que o Congresso também tem legitimidade para interpretar a Constituição e, assim, pode apresentar posicionamentos contrários ao Supremo. Mas, deve-se pontuar que, no caso da vaquejada, a composição do Supremo e do Congresso Nacional foram fundamentais para a construção das decisões diametrais do caso.

O princípio da separação dos poderes é constituído por duas premissas básicas: independência e harmonia. A independência permite que a decisão de um poder seja respeitada pelo outro quando relativo ao seu âmbito de atuação. A harmonia condiciona que, mesmo em discussões sensíveis, os poderes devem atuar de forma a possibilitar o fortalecimento da segurança jurídica.

Nestes termos, a teoria dos diálogos institucionais caminha em sincronia com os novos desafios propostos a dinâmica do princípio da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito. Inexiste a última palavra em questões sensíveis, pois existem inúmeras variáveis relacionadas aos casos, como, no objeto do estudo, fica demonstrado por meio da influência da decisão do Judiciário sobre a vaquejada no Poder Legislativo. Aqui, não se defende ou se critica a atuação qualitativa de nenhum dos poderes, somente destaca-se que a forma com a qual o Judiciário e Legislativo se comportam no contexto brasileiro e que isso gera grande instabilidade social.

A “quebra de braço” entre os poderes não gera a resolução da questão, pelo contrário, só fomenta a instabilidade, o que dificulta a tomada de uma decisão que realmente irá ser benéfica para a sociedade ou, para utilizar os clássicos, que conduza ao bem comum social. Já passou da hora dessa questão ser mais refletida, principalmente entre os membros dos poderes, para buscar-se soluções concretas e não disputas constantes de poder. E, uma das possíveis soluções, se encontra no efetivo exercício dos diálogos institucionais.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”**. In: Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan/mar 2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 11.12.2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**. v.2. n.2. 2016. p.524.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. **Revista de informação legislativa**. v. 51. n. 201. 2014. p. 71-72.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.35.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17.05.2017.

_____. Constituição Federal. Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 04.11.2017.

_____. **Lei nº 13364**, de 29 de novembro de 2016. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 30.10.2016.

_____. **Lei nº 15299**, de 08 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Ceará, Fortaleza. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/legislacao/legislacao5/leis2013/15299.htm>> . Acesso em: 23.05.2017.

_____. Notas Taquigráficas da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas>>. Acesso em: 12.11.2011.

_____. Proposta de Emenda Constitucional 50/2016. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>>. Acesso em: 30.10.2017.

_____. Proposta de Emenda Constitucional 304/2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 30.10.2017.

_____. Projeto de Lei nº 1797/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1301384>>. Acesso em: 19.09. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 24, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125802>>. Acesso em: 19.10.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983**. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 17.10.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=A_DI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23.05.2017.

CEARÁ. **Lei nº 15299/2013, de 08.01.2013**. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Fortaleza, CE, janeiro de 2013. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 23.05.2017.

DWORKIN. Ronald. Equality, Democracy, and Constitution: We the people in Court. **Alberta Law Review**, n. XXVIII, 1989-1990.

FREITAS, Wesley R. S.; JABBOUR, Charbel, J.C. **Utilizando estudo de caso(s) como estratégia de pesquisa qualitativa: boas práticas e sugestões**. Revista Estudo & Debate. v. 18, n. 2, 2011, p. 11.

KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 71, Dec.2015. p. 122.

MADISON, James *et alii*. **Os artigos federalistas, 1787-1788**: edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e Deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo. 2008.

_____. **Controle de Constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **O STF no jogo da separação dos poderes: tensões e ajustes**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12>. Acesso em: 18.05.2017.

MOTA, Natália Campos. **A teoria do diálogo institucional no Brasil: de um instrumento retórico à oxigenação da jurisdição constitucional**. Monografia (Especialização em Direito Constitucional). Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 8ª ed. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional- Um contributo para o estudo de suas origens e evolução**. Coimbra Editora, 1989.

Primeira audiência pública da Comissão Especial sobre a PEC 304/2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7ZK-axXZ13c>>. Acesso em: 09.11.2017.

Segunda audiência pública da Comissão Especial sobre a PEC 304/2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6m1D2EBTJgo>>. Acesso em: 09.11.2017.

SENADO FEDERAL. **Revista “Em Discussão”**. Ano 8. nº 31. Abril de 2017.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao *judicial review***. In: BIGONHA, Antônio; MOREIRA, Luis. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2005

O PROBLEMA DA CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA NA DISPOSIÇÃO DO GÊNERO: A autonomia da vontade do menor nas relações existenciais

LE PROBLÈME DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DE LA PERSONNE DANS LA DISPOSITION DU GENRE: L'autonomie de la volonté du mineur dans les relations existentiels

Kelly Araújo Batista de Carvalho

SUMÁRIO:

1 Introdução; 2 Transexualidade; 2.1 Conceitos iniciais; 2.2 Transexualidade na infância e na adolescência; 3 Transexualidade na infância e na adolescência; 3.1 A importância do apoio familiar: uma difícil decisão; 4 Personalidade jurídica *versus* capacidade de exercício: Uma reanálise dos institutos; 5 O princípio da capacidade progressiva: uma importante categoria jurídica para a população infantojuvenil; 5.1 A capacidade progressiva no Brasil: uma evolução lenta; 6 O poder familiar e autonomia da vontade do incapaz nas relações intrafamiliares; 7 A interpretação sistêmica do ordenamento jurídico: os novos contornos do direito infantojuvenil; 7.1 A mudança social por meio do direito positivo: o modelo sistêmico *luhmanniano*; 7.2 A capacidade progressiva sob a ótica da teoria do diálogo das fontes; 8 Da disposição do corpo por parte do absolutamente incapaz; 9 Considerações finais; 10 Referências

RESUMO

O presente artigo versa sobre o exercício pessoal dos direitos existenciais por aquelas pessoas naturais consideradas absolutamente incapazes pela atual codificação civilista, por meio do reconhecimento e aplicação do princípio da capacidade progressiva. Dentre esses direitos de personalidade inclui-se a disposição do gênero. O estudo foi realizado mediante pesquisa bibliográfica e documental sob a ótica do sistema teórico *luhmanniano* em conjunto com a teoria do diálogo das fontes na tentativa de delimitar os novos contornos do direito infantojuvenil no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, o trabalho pretende comprovar se com a utilização das teses retroavaliadas tem-se a tutela efetiva das prerrogativas fundamentais mencionadas ou se há a necessidade de elaboração de uma legislação infraconstitucional específica destinada a resguardar as novas concepções pertinentes à temática. Destarte, leva-se em consideração o fato da criança e do adolescente serem detentores de uma capacidade moral e cognitiva em constante progressão e, portanto, capazes de entender, racionalizar e atuar nessas situações, dando sentido às expectativas da autonomia da vontade naquelas relações jurídicas sem conotação econômica imediata.

Palavras-chave: Direitos existenciais. Capacidade progressiva. Disposição do gênero. Diálogo das fontes. Autonomia da vontade.

RÉSUMÉ

Le présent recherche traite sur l'exercice personnel des droits existentiels par ces personnes naturelles considérées absolument incapables par l'actuelle codification civile, à travers la reconnaissance et application du principe de la capacité progressive. Parmi ces droits de personnalité, englobe la disposition du genre. L'étude a été réalisée à travers recherche

bibliographique et documentaire sous l'optique du système théorique *luhmanniano* en conjointement avec la théorie du dialogue des sources dans la tentative de délimiter les nouveaux contours du droit infanto-juvénile de l'aménagement juridique brésilien. Ainsi, ce travail prétend prouver si avec l'utilisation des théories retro-évalués il y a tutelle effective des prérogatives fondamentales mentionnées ou s'il y a la nécessité d'élaboration d'une spécifique infra-constitutionnelle destinée à préserver les nouvelles conceptions pertinentes à la thématique. De cette façon, prend en compte le fait de l'enfant et l'adolescent soient détenteurs d'une capacité morale et cognitive en constante progression et, donc ils soient capables de comprendre, rationaliser et agir dans ces cas, en donnant sens aux attentes de l'autonomie de la volonté à celles relations juridiques sans connotation économique immédiate.

Mots-Clés : Droits existentiels. Disposition du genre. Dialogue des sources. Autonomie de la volonté.

1 INTRODUÇÃO

Na atual sociedade brasileira, observa-se que determinadas proteções de direitos humanos ainda não estão explicitamente tuteladas no ordenamento jurídico pátrio, o que nos leva a um exercício de integração das normas vigentes para que haja a devida guarita dessas prerrogativas especiais. Nesse ínterim, observa-se que a atual codificação civilista veda aos absolutamente incapazes a prática de quaisquer atos da vida civil, englobando, presumidamente, o exercício dos direitos de personalidade.

Dessa forma, a separação entre as categorias jurídicas dos direitos existenciais e patrimoniais faz-se imprescindível para delimitação da profundidade a ser conferida ao instituto jurídico da capacidade de exercício outorgada apenas àquelas pessoas naturais detentoras de capacidade civil plena, sendo que essa somente é reconhecida aos sujeitos de direitos personificados, via de regra, com o passar do tempo e o consequente complemento da idade.

Por essa razão, o presente trabalho visa, especificamente, tratar da situação jurídica das pessoas naturais absolutamente incapazes portadoras de transtorno de identidade de gênero e a possibilidade desses entes exercerem pessoalmente os direitos existenciais que lhes são inerentes por meio do reconhecimento e aplicação do princípio da capacidade progressiva internalizado no Brasil quando da ratificação da Convenção Sobre os Direitos da Criança, no início da década de noventa.

Contudo, mesmo havendo a ratificação do referido diploma internacional há quase três décadas, observa-se que a população infantojuvenil carece de uma efetiva proteção desses direitos humanos e fundamentais na órbita jurídica infraconstitucional, acarretando na prática forense constantemente a negação da fruição dos direitos extrapatrimoniais por essas pessoas consideradas absolutamente incapazes.

Ademais, o debate acerca das questões voltadas ao exercício do direito à identidade de gênero por crianças e adolescentes acendeu acalorados debates na sociedade civil nos últimos tempos, motivo pelo qual uma pesquisa mais aprofundada e específica sobre o tema se mostrou extremamente necessária e atual, tendo em vista que estamos diante de uma minoria que normalmente vive à margem da sociedade e geralmente é silenciada pela autoridade de seus pais. Daqui nasceu a ideia para a elaboração do presente artigo. Nesse sentido, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental de natureza qualitativa com o objetivo de recolher e analisar informações e conhecimentos prévios das principais categorias teóricas objetos deste estudo.

Nessa esteira, a utilização da teoria sistêmica *luhmanniana* em conjunto com a tese do diálogo das fontes, proposta inicialmente por Erik Jayme, busca uma análise coordenada entre a pluralidade de normas pertencentes ao direito brasileiro que cuidam da situação jurídica de crianças e adolescentes, visando uma integração harmônica entre as legislações que compõem um mesmo sistema jurídico de forma justa, eficiente e coerente.

Nesse ínterim, a escolha da teoria do diálogo das fontes se deu pelo fato de ela sugerir que a interpretação da legislação vigente em um determinado ordenamento jurídico deve ser realizada de forma una, coordenada e não isoladamente, o que coaduna com perfeição à teoria sistêmica proposta por Niklas Luhmann, crítico ferrenho da positividade dogmatizada do direito, que também foi suscitada como possível resposta às inquietações lançadas.

2 TRANSEXUALIDADE E CONCEITOS CORRELATOS

2.1 *Conceitos iniciais*

A transexualidade se diferencia de todos os demais fenômenos referentes à sexualidade humana. O termo transexual “surtiu pela primeira vez em 1953, e foi utilizado pelo endocrinologista americano Harry Benjamin para designar indivíduos que, embora

biologicamente normais, encontravam-se inconformados com seus órgãos sexuais”²⁴⁹ e buscavam a adequação genital. Entretanto, a concretização do desejo de pertencer não somente à alma, mas também à fisionomia do sexo oposto, por meio de cirurgias de adequação, só ocorreu no ano de 1931²⁵⁰, e até a década de 1950 o feito se repetiu poucas vezes. A partir de 1960 e até os dias atuais, a temática ganhou atenção dos estudiosos, tendo em vista que se trata de fenômeno não tão raro²⁵¹, mas que, por sua complexidade, atrai curiosidade e desperta interesse.

A transexualidade é caracterizada pela intensa rejeição que o indivíduo afetado ostenta em relação ao seu sexo biológico²⁵², quer dizer, os transexuais apresentam identidade de gênero cruzada. Tal fenômeno não se confunde com a homossexualidade, já que os homossexuais aceitam seu sexo anatômico, embora se sintam atraídos por pessoas com a mesma configuração biológica. Igualmente, não se pode confundir o transexual com o travesti, pois nesse último verificamos que o uso das vestimentas do sexo oposto é fonte de prazer, mas sua identidade de gênero coaduna com a sua anatomia²⁵³.

Vale ressaltar que, no Brasil, o termo transgeneridade abrange um grupo diversificado de indivíduos que não se identificam, em diferentes níveis, com a expressão do gênero condizente com o sexo de nascimento, ou seja, é aquele grupo de indivíduos que, de alguma maneira, quer poder se expressar de algum modo como sexo oposto, mas não sente a necessidade de modificar sua configuração biológica²⁵⁴.

À vista disso, o transexual não consegue se sentir bem com sua genitália, acarretando-lhe profundo sofrimento psicológico, apresentando características de inconformismo,

²⁴⁹ LOPES, André Cortes Vieira. **Transexualidade:** reflexos da redesignação sexual. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/229.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

²⁵⁰ Trata-se do famigerado caso do pintor dinamarquês Einar Magnus Wegener, que, após cirurgias experimentais que alteraram sua genitália masculina, assumiu a identidade de Lily Elbe. Lily faleceu três meses após uma complexa cirurgia de implantação de útero. Alguns livros foram escritos sobre a sua vida, por exemplo, *Man into Woman – The First Sex Change* e *A Garota Dinamarquesa*, por David Ebershoff. Essa última obra foi adaptada ao cinema com título homônimo.

²⁵¹ A prevalência estimada para essa patologia é de 1 para cada 30.000 adultos masculinos e de 1 para cada 100.000 adultos femininos. In: FERREIRA, F. D. **Transtornos de Identidade Sexual:** Sexualidade Humana e seus Transtornos. São Paulo: Lemos-Editorial, 2000.

²⁵² VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade.** São Paulo: Roca, 2009. p. 46.

²⁵³ O travestismo também não afeta a orientação sexual da pessoa, quer dizer, não há relação entre o travestismo e a homossexualidade.

²⁵⁴ JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero:** conceitos e termos. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 4 out. 2017.

depressão, angústia e repulsa pelo próprio corpo²⁵⁵. O transexual apresenta desconforto psíquico com o seu sexo biológico, desejando obcecadamente ter sua estrutura corpórea redesignada ao sexo que acredita pertencer. Para essa população, a operação de transgenitalização é uma questão de vida ou morte, recusando-se veementemente a se comportar de acordo com o sexo antagônico²⁵⁶.

Assim, a jurista Argentina *Elena Inés Highton* de Nolasco pontua que

O transexualismo é uma questão que está em uma situação limítrofe, de névoa, em que se compreende e confunde, muitas vezes dramaticamente, normalidade e desvio, aparência orgânica e inclinação psíquica, vida individual e relação. É um problema de limites entre o conhecido e o desconhecido onde se confrontam ideologias opostas e diversas hierarquias de valores. O transexual representa emblematicamente a patologia do incerto; é um sujeito onde se aprecia um eloquente e definido contraste entre o elemento físico, quer dizer, suas características sexuais externas, e aquelas de natureza psíquica. Isto conduz a uma ansiosa busca por uma correspondência entre a sua aparência física e seus comportamentos, hábitos, gestos, vestimentas e atitudes em geral, que são próprias do sexo que realmente sente-se pertencer e que profundamente vivencia em seu cotidiano. Essa tendência, destinada a atingir sua própria identidade sexual, leva os transexuais a submeterem-se a intervenções cirúrgicas de suas genitais, embora seja doloroso e insuportável o processo de “substituí-los” pelos que correspondam a seu estado psicológico e a seus costumes de vida²⁵⁷.

Assim, o transexual tem uma intensa aspiração de viver e ser aceito pela sociedade como um ente do sexo oposto à sua genitália, e nenhum argumento terá a capacidade de dissuadi-lo do contrário, visto que a dita transmutação corporal é tão importante para ele que impregna todo o seu interesse, podendo chegar ao ponto de expor a própria vida e integridade física a riscos na tentativa de adequar o corpo ao seu gênero psíquico.

2.2 Transexualidade e identidade de gênero

Em primeira análise, subentende-se que os sujeitos podem praticar sua sexualidade de diversos modos, podendo viver seus prazeres e desejos corporais de variadas maneiras, quer dizer,

²⁵⁵ LOPES, André Cortes Vieira. **Transexualidade:** reflexos da redesignação sexual. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/229.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ HIGHTON, Elena, La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Rubinzal-Culzoni: Santa Fé, n. 1, 1993. p. 207. Tradução nossa.

Suas identidades sexuais se construiriam, pois, através das formas como vivem sua sexualidade, como parceiros/as do mesmo sexo, do sexo oposto, de ambos os sexos ou sem parceiros/as. Por outro lado, os sujeitos também se identificam, social e historicamente, como masculinos ou femininos e assim constroem suas *identidades de gênero*. Ora, é evidente que essas identidades (sexuais e de gênero) estão profundamente inter-relacionadas; nossa linguagem e nossas práticas muito frequentemente as confundem, tornando difícil pensá-las distintivamente²⁵⁸.

Grosso modo, homens e mulheres podem se assumir heterossexuais, homossexuais, bissexuais etc. O que se leva em consideração é que as identidades – tanto em relação a gênero como em relação ao sexo – são construídas, isto é, em conformidade com o que já foi dito; elas não são dadas ou acabadas num momento preciso. Assim, durante as diversas fases da vida, as identidades estão reiteradamente constituindo-se, sendo elas volúveis e, por isso, passíveis de modificação²⁵⁹.

Nesse cenário, ao imaginarmos a diversidade sexual da espécie humana, procuramos abarcar toda a gama de sujeitos que se identificam como homossexuais, bissexuais, pansexuais, transexuais, transgênero, travestis etc., os quais transpassam as barreiras dos padrões ocidentais de heteronormatividade e sexismo, que, como mencionado, são moldados pela cultura e construídos socialmente. Nos dizeres de Deborah Britzman:

Nenhuma identidade sexual – mesmo a mais normativa – é automática, autêntica, facilmente assumida. Nenhuma identidade sexual existe sem negociação ou construção. Não existe, de um lado, uma identidade heterossexual lá fora, pronta, acabada, esperando para ser assumida e, de outro lado, uma identidade homossexual instável, que deve se virar sozinha. Em vez disso, toda identidade sexual é um construto instável, mutável e volátil, uma relação social contraditória e não finalizada²⁶⁰.

Todavia, a percepção sobre o corpo, a parte material do ser, não deve ser renegada a esse processo de construção da identidade, visto que, conforme disse Lipiansky, “o corpo é a base e o suporte privilegiado do sentimento de identidade”²⁶¹. Por essa razão que a “forma como nos sentimos em relação ao nosso corpo e como percebemos que os outros nos veem

²⁵⁸ LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 26-27,

²⁵⁹ Ibid., p. 27.

²⁶⁰ BRITZMAN, Deborah. O que é esta coisa chamada amor: identidade homossexual, educação e currículo. **Revista Educação & Realidade**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação. v. 21. p. 74, jan./jun. 1996.

²⁶¹ LIPIANSKY, E. M. **Identité e communication: L'expérience groupale**. Paris: Press Universitaires de France, 1992. p. 25. Tradução nossa.

interfere no nosso processo identitário. Assim, a identidade corporal se adapta às diversas fases da nossa vida – infância, juventude, maturidade e velhice²⁶², sendo que cada uma dessas etapas interfere diretamente na construção do eu.

É nesse momento que traremos ao debate a questão da identidade de gênero, que também faz parte de nossa identidade corporal, visto que desde muito pequenos somos convidados a nos reconhecer como meninas ou meninos e, na vida adulta, como mulheres ou homens. Aqui devemos nos atentar a um detalhe, pois a nossa identidade de gênero não está relacionada ao sexo biológico com o qual que nascemos. Portanto, a identidade é construída a partir da identificação ou não com o sexo e a adaptação ou não com o significado socialmente designado ao gênero.

Em suma, nem sempre a identidade de gênero corresponderá ao sexo com o qual o indivíduo nasce, já que o sexo está para a identidade sexual quanto o gênero está para a identidade de gênero. Assim, o fato de o indivíduo se entender como homem ou mulher (identidade de gênero) não tem, obrigatoriamente, relação com o seu sexo (identidade biológica), tampouco tem correspondência com a sua orientação sexual (heterossexual, homossexual, bissexual etc.).

Nessa oportunidade, elucida-se que a identidade e expressão de gênero são duas categorias comportamentais que não se confundem, tendo em vista que identidade diz respeito ao sentimento e à noção que a pessoa tem de pertencer a um dos gêneros, ao passo que a expressão de gênero está ligada ao reforço social definido pela comunidade como masculino ou feminino, traduzindo-se no modo de andar, falar, corte de cabelo, roupas, gestos etc. Em Noutros termos, a

identidade de gênero é resultante da evolução genética ao passo que o papel de gênero é fruto da evolução cultural. Apesar de o papel de gênero ser definido pelas práticas culturais, ela não deixa de receber influência da evolução genética, na medida em que a seleção natural das espécies influencia na evolução das práticas culturais dos organismos²⁶³.

²⁶² LIMA, Rita de Lourdes. Diversidade, identidade de gênero e religião: algumas reflexões. **Revista Pauta**, 2011, p. 167-168. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2940/2104>>. Acesso em: 20 out. 2017.

²⁶³ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Aírton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 59.

Enfim, a diversidade sexual do ser humano é tema bastante extenso e não seria interessante esgotar a temática sob pena de desviarmos o foco da nossa pesquisa, mas a princípio devemos ter em mente que muitas das práticas sociais que violam direitos humanos, incluindo aqui o direito à liberdade sexual, podem ter indícios nos processos de segregação social em que minorias estão sujeitas a variadas formas de violência: física, social, cultural, humana e até mesmo simbólica.

3 TRANSEXUALIDADE NA INFÂNCIA E NA ADOLESCÊNCIA

A infância é entendida como algo utópico, considerando que nessa etapa da vida está inserido apenas o direito de aprender, ler, escrever, brincar e se divertir, desse modo, a criança estaria isenta de preocupações. Por essa razão, tratar da transexualidade infantil é demasiadamente delicado, visto que a temática é encoberta pela falta de informação e, obviamente, o total despreparo vindo inicialmente dos genitores e, posteriormente, da escola.

Notório que, desde o nascimento, o infante é forçosamente submetido às regras e convenções socialmente impostas que são próprias de um sistema simbólico, no qual esse sujeito deve, necessariamente, se comportar de acordo com aquilo que é masculino ou feminino relacionado diretamente à sua anatomia, embora não seja realmente assim que ele sinta por dentro. “É o sexo de atribuição, e não o anátomo-biológico, que assegura à criança o sentimento de ser menino ou menina”²⁶⁴.

A aquisição da identidade de gênero na infância se dá pela percepção da criança de sua genitália externa, forças biológicas e pela interação afetiva emocional da criança por seus pais até desenvolver o senso de identidade pessoal como um todo²⁶⁵.

Destarte, a convicção de pertencer ao sexo oposto aparece na infância no transexual primário e o transexualismo secundário se manifesta após a puberdade. Destarte, Yoshida esclarece com mais precisão essa distinção proposta por Stoller:

Os transexuais primários são homens anatômica e fisiologicamente normais, com aparência feminina muito natural. Relatam uma história de terem sido femininos por toda a sua vida, sem episódios de masculinidade, ou mesmo

²⁶⁴ CECCARELLI, Paulo Roberto. (2010). *Psicanálise, sexo e gênero: algumas reflexões*. **Revista Diversidades: Dimensões de Gênero e sexualidade real**. Florianópolis: Ed. Mulheres. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/pt/wp-content/uploads/artigos/portugues/doc/psicanalise_e_genero.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

²⁶⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues; op. cit. p. 74.

comprometimentos transitórios com papéis tipicamente masculinos. Desde a tenra idade queriam vestir-se e viver exclusivamente como mulheres. Em geral não têm vida sexual ativa devido ao constrangimento que sentem em relação aos seus genitais [...]. Os transexuais secundários apresentam uma história de vida diferente daquela dos transexuais primários, pois o comportamento de gênero cruzado não aparece no início da infância. É pontuado com episódios de comportamento masculino comum e está permeado de experiências de prazer com os genitais masculinos²⁶⁶.

Nesses termos, a experiência transexual na infância é vivenciada e marcada por sentimentos e percepções contraditórias, desde tenra idade, pelo desenvolvimento de uma sensação de ser diferente dos demais²⁶⁷. No transexual primário, os sentimentos de divergência surgem nos primeiros anos de vida, quando a criança começa a estabelecer sua identidade sexual, desenvolvendo a consciência sobre seu corpo. A não conformação de si mesmo, ocasionalmente, causa no menor o sentimento de revolta, rejeição e frustração²⁶⁸.

Nesse ponto, a inversão da identidade de gênero em meninos manifesta-se por meio de hábitos como brincadeiras e comportamentos tipicamente femininos; de igual modo, as meninas transexuais demonstram interesse ao mundo do sexo oposto. Junto dessa contradição, surge um significativo sofrimento psíquico, em que o infante tem plena convicção que houve um erro na determinação de seu sexo anatômico²⁶⁹.

Quando a pessoa transexual chega à puberdade, as diferenças sexuais ficam ainda mais evidentes, conduzindo o indivíduo a um sentimento negativo de inadequação, vergonha e não aceitação de sua conformação sexual anatômica. De modo geral, os disfóricos têm uma vida sexual precária, visto que não se tocam e não permitem serem tocados em suas genitálias como forma consciente de que “aquilo” não lhes pertence e não os representa.

Ademais, as experiências estigmatizadas acarretam diversos sentimentos negativos na pessoa, como medo, isolamento, depressão, angústia, pensamentos suicidas, podendo levar ao

²⁶⁶ CORDEIRO, Silvia N.; KLEIN, Silvana M.R. Poncio; PEREIRA, Cláudia B.D.; SOUSA, Livia M. de; YOSHIDA, Luzia Aparecida Martins. **Transexualismo**: uma visão psicanalítica. Rev. Latinoam. Psicopat. Fund., IV, 2. p. 95.

²⁶⁷ PINTO, M. J. C.; BURNS, M. A. T. **Vivência Transexual**: o corpo desvela seu drama. Campinas: Átomo, 2006.

²⁶⁸ RODRIGUES, Cássio Moreira; BARROS, Charles Sullivan. **Transexualidade na Infância**: Reflexões a partir do documentário “Meu eu secreto – histórias de crianças trans. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/11456/8066>>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁶⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Ailton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 74-75.

uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas, prostituição e a marginalidade, afetando de maneira definitiva suas vidas quando adultos.

O que muitos pais acabam não percebendo é que crianças transexuais querem curtir sua infância: brincar, sonhar e ser livre. Este é um comportamento comum em todas as crianças, no qual não é possível identificar diferenças “convencionais” ao seu gênero. A partir dessa infância roubada e reprimida, sem entender o que incomoda seus genitores, crianças transexuais acabam com marcas que ressurgem na fase adulta²⁷⁰.

Sendo assim, precisa-se, primeiramente, aceitar que as crianças e adolescentes transexuais existem e necessitam de apoio e cuidados especiais, devendo ser tratados como realmente são, e não como a sociedade decidiu que eles sejam. Portanto, é importante o diálogo aberto sobre o assunto, para que essa parte da população tenha perspectivas de uma vida saudável e mais próxima do normal no futuro.

Nesse sentido, observou-se que, nos casos em que o tratamento clínico com hormônios femininos (no caso do transexual masculino) teve início mais precocemente do que é aceito hoje (por volta dos 12 anos de idade), a pessoa transexual teve uma vida psíquica dentro na normalidade devido ao desenvolvimento dos seios, ausência de pelos e manutenção da voz ou timbre feminino, possibilitando uma transição do sexo mais harmoniosa e menos traumática²⁷¹.

3.1 A importância do apoio familiar: uma difícil decisão

A dificuldade enfrentada pelos genitores é a suspeita ou a descoberta de que seu(a) filho(a) não consegue se encaixar nos papéis designados para seu sexo. Muitas famílias tentam disfarçar esse transtorno de identidade, precipuamente, com a não aceitação da condição do infante. Nesse caso, costumam tratar o(a) filho(a) como um(a) doente, encaminhando-o(a) para sessões de terapia na esperança de erradicar o suposto problema.

²⁷⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Transexualidade e travestilidade na saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2015. p. 17.

²⁷¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de. **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 46.

“Muitos familiares não compreendem e acabam por ver o transexual como alguém com defeito, um pervertido ou que escolheu ser assim”²⁷².

As famílias que convivem com essa situação precisam de um tempo para amadurecê-la, o que necessita ser compreendido pelo menor. Contudo, os familiares da criança disfórica são os que apresentam maior dificuldade para assimilar a sua nova identidade social e de gênero, cometendo diversos erros nesse aspecto. Os genitores e os irmãos continuarão chamando a pessoa pelo nome de batismo, especialmente se não houver assertividade desenvolvida que conduza essa criança em transmutação a exigir que o seu entorno a respeite da maneira condizente²⁷³.

Resta claro que o apoio familiar, o diálogo constante e a busca por ajuda médica especializada são fatores importantes e fundamentais para o bom desenvolvimento pessoal, intelectual e social de uma criança transexual. Em compêndio, quando a pessoa não encontra o cenário favorável para expressar seus anseios e sua essência, ele se fecha para as perspectivas vindouras, repercutindo não somente na sua vida pessoal, mas também na profissional, causando, assim, outras possíveis perturbações e maiores riscos em desenvolver transtornos psicológicos²⁷⁴.

A orientação familiar das crianças transexuais é importantíssima, para que os parentes consigam compreender a dimensão das questões apresentadas por elas, visto que se trata de um transtorno, uma patologia, e não de um mero capricho. É deveras aconselhável que a família aprenda e se estruture para lidar com a nova identidade de gênero do menor para que esse tenha melhores condições de suportar a transição e os novos desafios que eventualmente venham a se apresentar.

4 PERSONALIDADE JURÍDICA *VERSUS* CAPACIDADE DE EXERCÍCIO: UMA REANÁLISE DOS INSTITUTOS

²⁷² MATURANO, Ana Cássia. Sobre a transexualidade na infância e adolescência. [Versão eletrônica]. **Gênero, Direitos Humanos e Ativismo “Atas do V Congresso Internacional Em Estudos Culturais 247”**, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/platb/dicas-para-pais-e-filhos/2013/11/11/sobre-a-transexualidade-na-adolescencia/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

²⁷³ VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de. **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 89.

²⁷⁴ MATURANO, Ana Cássia. op. cit., 2013.

A *priori*, deve-se ter em mente que a criança e o adolescente, em decorrência da evolução de pensamento no direito contemporâneo, gozam de personalidade e capacidade jurídica tanto quanto um adulto absolutamente capaz. Nesse molde, cuida-se de sujeitos de direitos em condição especial de desenvolvimento.

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos e garantidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como deflui do dispositivo constitucional antes mencionado, implica não apenas a sua consagração como direitos fundamentais, direitos humanos, mas a primazia de sua garantia, à medida que a prioridade nessa proteção tem como corolário a valoração e a dignidade da pessoa humana, no caso, pessoas humanas especiais. A compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o respeito às suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento²⁷⁵

Sendo assim, entende-se que a personalidade é a aptidão genérica reconhecida a toda pessoa, no momento de seu nascimento com vida, permitindo ao ente a titularidade nas relações jurídicas. Visto isso, a personalidade jurídica é conceito elementar, básico, do Direito Civil moderno, já que é extensiva a todas as pessoas, devendo ser vislumbrada, de igual modo, na órbita constitucional, servindo como valor de máxima relevância na ordem jurídica²⁷⁶.

Além do mais, a personalidade jurídica não é mera característica de alguns sujeitos específicos, mas, trata-se de uma prerrogativa fundamental que envolve os chamados direitos de personalidade “enraizados na esfera mais íntima da pessoa e não mensuráveis economicamente, voltados à afirmação dos seus valores existenciais”²⁷⁷.

Não obstante, para além da personalidade jurídica, a pessoa concomitante ao nascimento com vida também adquire a capacidade (sentido *latu*). Os dois institutos são elementos imprescindíveis para a caracterização do ser como pessoa natural, ou seja, não há pessoa sem personalidade, como também não haverá sem capacidade. Portanto, não há que se falar em pessoa sem a existência de ambas.

²⁷⁵ SANTOS, Eliane Araque dos. **Crianças e adolescentes** – Sujeitos de direitos. Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/10214>>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

²⁷⁷ Ibid., p. 138-139.

Em consulta ao *Dicionário Jurídico*, observa-se que, na linguagem jurídica, a capacidade é definida como:

a) a aptidão de determinada coisa ou pessoa para atender a uma finalidade pretendida; b) autoridade ou soma de poderes de que uma pessoa está investida; c) aptidão legal para contrariar obrigações, adquirir e exercer²⁷⁸.

Mais adiante, o mesmo verbete conceitua a capacidade civil como sendo a

maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa para adquiri-los, praticar atos e contrair obrigações na vida civil. Pode ser plena ou limitada, segundo possa a pessoa praticar sem restrições todos os atos da vida civil ou sofra alguma limitação no exercício de seus direitos²⁷⁹.

Nesse diapasão, nota-se que tanto a personalidade quanto a capacidade são muito próximas em suas definições, tendo como ponto de convergência a entrega de aptidão à pessoa natural para titularizar as mais diversas relações jurídicas de forma pessoal ou por meio de seu representante ou assistente legal. Contudo, embora haja similitude conceitual, personalidade e capacidade jurídica não se confundem, pois,

enquanto a *personalidade* tem alcance generalizante, dizendo respeito de um valor jurídico reconhecido a todos os seres humanos (e elástico para alcançar também agrupamentos de pessoas), dizendo respeito a um valor jurídico reconhecido a todas as pessoas, a *capacidade jurídica* concerne à possibilidade de aqueles que são dotados de personalidade serem sujeitos de direitos de relações patrimoniais²⁸⁰.

Destarte, a personalidade diz respeito a um valor jurídico reconhecido indistintamente a todos sujeitos pertencentes à espécie humana, ao passo que a capacidade jurídica se refere à possibilidade de a pessoa personificada exercer pessoalmente atos da vida civil. Ademais, a separação entre o exercício das relações existenciais e patrimoniais aparece com certa timidez na doutrina civilista, mas começa-se a perceber que a capacidade civil tem um papel bem delimitado no ordenamento jurídico: conferir à pessoa a possibilidade de agir em nome próprio naquelas relações que se revestem de caráter patrimonial.

²⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 579.

²⁷⁹ Ibid., loc. cit.

²⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

Por essa razão, a capacidade jurídica se apresenta como uma medida da personalidade²⁸¹. Ademais, titularizar a personalidade significa, de fato, ter uma tutela jurídica especialíssima, consistente em invocar direitos fundamentais, indispensável ao exercício de uma vida com dignidade²⁸². Nesse sentido, surge a seguinte indagação: o exercício dos direitos de personalidade, que por natureza não possuem expressão econômica imediata, pode estar subordinado à aquisição da capacidade de fato?

Para responder a essa inquietação, deve-se ter em mente que a capacidade jurídica pode ser bipartida em capacidade de direito (ou gozo) e capacidade de fato (ou de exercício), sendo que essa ainda se subdivide em incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Ademais, a capacidade jurídica plena, ou geral, é conferida ao indivíduo que comunga tanto da capacidade de direito quanto da capacidade de fato.

Percebe-se que a capacidade de direito é conferida indistintamente a toda pessoa natural. Contudo, a capacidade de fato remonta à aptidão para a prática pessoal dos atos da vida civil. Nesse sentido, uma criança²⁸³ possui capacidade de direito, tendo em vista que detém potencialidade de ser titular de relações jurídicas, embora não goze de capacidade de exercício, sendo-lhe vedada, grosso modo, a prática pessoal de qualquer ato jurídico. Dessa forma,

enquanto a *capacidade de direito* exprime a ideia genérica e potencial de ser sujeito de direitos (reconhecida a todas as pessoas humanas e estendida aos agrupamentos morais), a *capacidade jurídica* é a possibilidade de praticar, pessoalmente, os atos da vida civil²⁸⁴.

Nesse passo, percebe-se que a capacidade de fato pressupõe a capacidade de direito, mas a recíproca não se aplica ao caso. Nem todo aquele que desfruta de capacidade de direito dispõe de capacidade para o exercício pessoal de atos da vida civil com repercussão jurídica

²⁸¹ BRAGA, Renato; REIS, Leonardo. **Direito Civil Facilitado**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 7.

²⁸² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 135.

²⁸³ O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu art. 2º, *caput*, considera como criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos.

²⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. op. cit.. p. 271.

relevante²⁸⁵. Como mencionado, existem duas hipóteses de incapacidade: as incapacidades absoluta e relativa. Segundo Nader, verifica-se um interessante parêntese sobre a questão:

Enquanto na incapacidade absoluta a pessoa fica impedida de praticar, por si mesma, qualquer ato da vida jurídica e por isso a lei indica o seu representante, na *relativa* deve participar do ato devidamente assistida por alguém. Os negócios jurídicos praticados diretamente pelos absolutamente incapazes são nulos de pleno direito, conforme previsão do art. 166, I, do Código Civil. Nessa hipótese, se o participante do negócio provar que a importância paga trouxe proveito para o incapaz, poderá pleitear a sua devolução²⁸⁶.

Vale ressaltar que os negócios jurídicos são conceituados como um acordo de vontades que tem origem na participação humana, projetando efeitos desejados e criados por ela, tendo por objetivo a aquisição, transferência, extinção ou modificação de direitos²⁸⁷. Quando falamos de negócio jurídico, estamos nos referindo, portanto, a uma composição de interesses, tendo a declaração de vontade um fim negocial como ocorre na celebração de um contrato, por exemplo. Dessa forma, o negócio jurídico se manifesta nas relações essencialmente patrimoniais.

Observa-se que a capacidade de fato se torna essencial para a prática de situações jurídicas com expressão econômica, tendo em vista que o exercício de tais atos depende, portanto, do discernimento, “cujo critério é prudência, juízo, inteligência”²⁸⁸ e, sob o prisma jurídico, a capacidade de exercício se reveste na “aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial”²⁸⁹.

Nesse ínterim, questiona-se o alcance da teoria das incapacidades na vida daqueles enquadrados na moldura legislativa como absolutamente incapazes. Se, de maneira isolada, nos voltarmos para a questão, concluiremos precipitadamente que o legislador, em razão da vulnerabilidade²⁹⁰ da criança e do adolescente, vetou a esses sujeitos de direito a possibilidade de praticar, por si só, atos jurídicos de qualquer natureza.

²⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 271

²⁸⁶ NADER, Paulo. **Curso de Civil** – Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 238.

²⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 501.

²⁸⁸ CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

²⁸⁹ Ibid., loc. cit.

²⁹⁰ Conforme conceito de EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (2011, p. 137), vulnerabilidade é um estado inerente de risco que enfraquece um dos contratantes, desequilibrando uma relação jurídica.

Sendo assim, necessário fazer uma observação mais acurada sobre este ponto, visto que a personalidade e a capacidade de direito têm como principal característica o exercício das relações de cunho extrapatrimonial; em contrapartida, a capacidade de exercício refere-se às questões suscetíveis de apreciação econômica²⁹¹. Nessa perspectiva, vale destacar o enunciado nº 138, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que estabelece ser a vontade do absolutamente incapaz juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a ele concernentes, desde que demonstre discernimento bastante para tanto²⁹².

Ademais, em relação ao exercício dos direitos fundamentais, Paulo Gonet pondera que nem sempre é interessante o recurso dos institutos civilísticos em comento, “sob pena, de a pretexto de se aplicar a regra da capacidade de fato, termina-se por restringir indevidamente direitos fundamentais”²⁹³, quer dizer, quanto ao exercício dos referidos direitos “que não implicam na exigência de conhecimento da tomada de decisão, não seria possível cogitar da distinção entre capacidade de fato ou de direito, pois o direito fundamental não poderia ser visto como dependente de limitação de idade”²⁹⁴, isso porque a sua fruição não necessita diretamente da capacidade cognitiva do titular, como o direito à vida e à integridade pessoal.

Data venia, entendemos de modo diverso. Isso porque o exercício pessoal dos direitos existenciais não pode ser suprimido ou mitigado de maneira injustificada, tendo em vista que a capacidade de exercício erradia seus efeitos na esfera patrimonial do sujeito e, portanto, não constitui critério idôneo para determinar, de maneira cogente, se dada pessoa tem ou não aptidão para o exercício de situações jurídicas não patrimoniais.

5 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE PROGRESSIVA: UMA IMPORTANTE CATEGORIA JURÍDICA PARA A POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL

A opção do legislador pela fixação de marcos temporais para a aquisição da capacidade de exercício se justifica, em regra, pela necessidade de proteger crianças e adolescentes da sua própria imaturidade. Desse modo, “a fixação etária da maioridade é uma

²⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 136.

²⁹² Adverte-se que o enunciado em comento foi elaborando antes do advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (13.146/15) que modificou estruturalmente a teoria das incapacidades. Contudo, a hipótese estabelecida no enunciado é única hipótese de incapacidade absoluta que se admite no direito vigente.

²⁹³ MENDES, Gilmar, Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 172.

²⁹⁴ Ibid., loc. cit.

questão de política legislativa de cada ordenamento, não havendo identidade no direito comparado²⁹⁵.

Nessa análise, a legislação civil veda expressamente a prática de atos com consequências jurídicas ao detentor de incapacidade originária, sendo essa proibição suprimida apenas se a criança ou adolescente viesse a ter sua vontade substituída pela vontade de seu representante legal. Parece-nos um contrassenso, visto que o ordenamento jurídico pátrio adota o princípio do melhor interesse da população infantojuvenil, o que nos remonta à ideia de autodeterminação, mas nos deteremos com mais vagar sobre a questão adiante.

À vista disso, observa-se que o meio acadêmico cada vez mais preza pelo reconhecimento da capacidade progressiva da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, naquelas questões referentes ao exercício dos direitos de personalidade. O objetivo é alcançar o respeito ao desenvolvimento individual da criança e do adolescente, primando pela sua independência e incluindo, essencialmente, a sua progressiva capacidade para a responsabilidade sobre si mesmo²⁹⁶.

Precipuamente, é importante conceituar o instituto em comento. A célebre jurista argentina Aída Kemelmajer de Carlucci conceitua a capacidade para consentir como sendo um

conceito pertencente ao campo do exercício dos direitos da personalidade; não se alcança em um momento preciso, mas forma-se progressivamente, requer uma evolução; não se adquire ou perde em um dia, ou em uma semana. Sob essa denominação, analisa-se se o sujeito pode ou não entender perfeitamente aquilo que se diz, qual o alcance dessa compreensão, se pode comunicá-la, se pode raciocinar sobre as alternativas e se tem valores para exercer um juízo²⁹⁷.

Isto posto, a capacidade progressiva exprime a ideia de evolução, de aquisição paulatina, gradual, pouco a pouco de discernimento pela criança e pelo adolescente. É pela

²⁹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo. Atlas, 2013. p. 7.

²⁹⁶ JONAS, Hans. **The Imperative of Responsibility: in search of an ethics for the technological age**. Trans. Hans Jonas and David Herr. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1984. p. 134.

²⁹⁷ *Um concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquire o pierde en un día, o una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se disse, caules son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si perde razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar.* In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *El derecho del menor a su propio cuerpo*. In: BORDA, Guillermo Antonio (Org.). **la persona humana**. Buenos Aires: La ley, 2001. p. 255. Tradução da autora.

aferição da capacidade para a prática de atos existenciais que o menor incapaz pode representar em nome próprio seus interesses.

À primeira vista, parece ser inócua a defesa da possibilidade de exercício de direitos tão expressivos àqueles que não gozam de capacidade civil plena, isso porque o direito brasileiro encontra-se sedimentado em um positivismo legalista ainda não superado pela prática, motivo pelo qual abriremos um parêntese para discutir a questão.

5.1 A capacidade progressiva no Brasil: uma evolução lenta

O Brasil ainda não estabeleceu qualquer regra ou parâmetros que proporcionalize o dado da gradual conquista da autonomia para o exercício dos direitos por crianças e adolescentes. Aliás, apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência traçar novos contornos para a autodeterminação daqueles que antes eram interditados como pessoas sem discernimento e privados de suas escolhas existenciais, a Lei 13.146/2015 apresenta novo rol dos absolutamente incapazes, agora monopolisticamente composto por indivíduos com idade inferior a dezesseis anos²⁹⁸.

Interessante notarmos que, embora nossa legislação não tenha positivado expressamente o princípio da capacidade progressiva, nosso arcabouço normativo não exclui por completo a possibilidade de aferição empírica da maturidade do menor para a prática autônoma de determinados atos de conteúdo jurídico. Porquanto, tal categoria jurídica se encontra inferida em diversas passagens do Estatuto da Criança e Adolescente, que posteriormente foi internalizada pela Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Vale ressaltar que a referida Convenção Internacional integra o arcabouço jurídico nacional e por ser um importante diploma que versa sobre direitos humanos possui natureza de norma supralegal²⁹⁹. O documento fundamenta-se basicamente no reconhecimento da

²⁹⁸ Rosenvald acrescenta que reduzir a capacidade de autodeterminação de crianças e adolescente é tratá-los como seres humanos completamente “inaptos para o estabelecimento de qualquer deliberação moral sem o escrutínio de seus responsáveis”. In: ROSENVALD, Nelson. **A autonomia progressiva dos adolescentes**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

²⁹⁹ Supralegal é aquela norma que está abaixo da Constituição Federal, mas se encontra acima das leis infraconstitucionais, sendo que estas devem se adequar à norma supralegal. Assim, a Convenção Sobre os Direitos da Criança é hierarquicamente superior ao Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo. Nesse sentido, o Recurso Extraordinário n. 466.343 consolidou o seguinte posicionamento: “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna

dignidade e dos interesses iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana, o que inclui, obviamente, crianças e adolescentes.

O diploma internacional rememora o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistências especiais. Acrescenta em seu preâmbulo, de modo expresso, a necessidade premente de que a criança, para que ocorra o pleno desenvolvimento de sua personalidade, “deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”³⁰⁰.

Em primeira análise, observa-se que a dita Convenção tem em seu corpo quatro princípios fundamentais: a participação da criança nas decisões que afetam seu futuro; a proteção da população infantojuvenil contra a discriminação e todas as formas de abandono e exploração; a prevenção contra danos ao infante; e a prestação de assistência aspirando suas necessidades básicas³⁰¹. Ademais, todos os princípios citados devem ser aplicados concomitantemente não havendo prevalência de um sobre o outro.

Interpretar a Convenção dessa maneira possibilita sua melhor compreensão, proporcionando uma maior disseminação de seus princípios, bem como implica o incremento da responsabilidade de aplicação pelos Estados-membros do disposto em seu texto³⁰². Nota-se que de todos os princípios acima mencionados o mais significativo deles é o da participação da pessoa impúbere nas decisões que lhe afetam sendo este, provavelmente, o mais controverso.

Quanto ao princípio da capacidade progressiva, a Convenção introduz pela primeira vez o conceito em seu quinto artigo:

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”.

³⁰⁰ BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 6 set. 2017.

³⁰¹ MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

³⁰² Ibid., 2014.

Ademais, é salutar comungar o art. 5º com o art. 12 do importante tratado, que reforça a possibilidade de a criança estar envolvida no processo de tomada de decisões que circundem seus interesses. Assim, dentro de um contexto que engloba o exercício do direito à identidade de gênero, percebe-se que o menor possui capacidade progressiva e, por isso, detém o direito de estar a par do processo a despeito da referida disposição. Essa autonomia progressiva expressa a ideia de que a criança, ao passo que se desenvolve cognitivamente e moralmente, conseguirá formular suas próprias opiniões sobre si mesma e terá o direito de ter essas convicções levadas a efeito.

Desse modo, os dois artigos comentados permitem ao absolutamente incapaz a efetiva participação nos processos de tomada de decisão nas relações existenciais, desde que se leve em consideração seu nível de desenvolvimento psíquico e moral, bem como lhe seja assegurado um nível de participação condizente à sua capacidade³⁰³.

Igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em diversas passagens, determina que os incapazes por critério etário são considerados pessoas em condição peculiar de desenvolvimento³⁰⁴, quer dizer, a criança não é um ser estático, mas em constante evolução físico-psicológica. Com efeito, Moacyr Pereira aduz:

Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado³⁰⁵.

Coadunando com esse raciocínio que o Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu alterações na redação do art. 28, determinadas pela Lei nº 12.010/2009. Por meio dela, antecipou-se para os 12 anos de idade a possibilidade de o menor absolutamente incapaz manifestar-se nos processos em que esteja envolvido e se discuta guarda, tutela ou adoção. Vejamos a letra da lei:

³⁰³ MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

³⁰⁴ Cf. os artigos 6º, 69, inc. I, 71 e 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁰⁵ MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 6 set. 2017.

§ 1º sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário consentimento, colhido em audiência³⁰⁶.

Destarte, a materialização do conceito de autonomia progressiva “postula a prévia escuta da criança ou adolescente nas questões que firam os seus atributos existenciais, sendo-lhes concedido um assistente sempre que deponente num conflito de interesses com os seus pais”³⁰⁷. Nesse passo, o direito à escuta não se transveste apenas numa garantia processual, mas em princípio vetor de todas as matérias concernentes aos absolutamente incapazes nas esferas administrativa, judicial, educativa e familiar.

Enquanto a escuta é uma prerrogativa de qualquer criança – independente do nível efetivo de entendimento –, distinto será o impacto que a escuta terá na posterior tomada de decisão, essa, sim, condicionada à idade e maturidade da pessoa em correspondência ao tipo de questão que se encontra em jogo. Qualquer decisão que se afaste daquilo que o jovem manifestou será submetida a um ônus argumentativo. Por mais que a opinião infantil não se mostre determinante, em função do peso que ela manifesta na formação do conceito do interesse superior da criança, caberá ao magistrado aportar argumentos de peso que justifiquem a manifestação em sentido diverso àquela colhida da pessoa mais interessada na decisão³⁰⁸.

Dessa assertiva, podemos inferir que crianças e adolescentes são detentores de uma capacidade moral e cognitiva em constante aperfeiçoamento, o que abre espaço para a possibilidade da tomada de certas decisões a depender do estágio de desenvolvimento psicológico que se encontrem.

De resto, todas essas legislações serviram para a sedimentação da população infantojuvenil como um sujeito de direitos, humanos e fundamentais, destinatários de uma especial proteção, inclusive na esfera intrafamiliar³⁰⁹. Nessa lógica, a dificuldade é delimitar

³⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

³⁰⁷ ROSENVALD, Nelson. **A autonomia progressiva dos adolescentes**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

³⁰⁸ Ibid., 2015.

³⁰⁹ O art. 229 da CF/88 estipula que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Já o art. 1.634 do Código Civil descreve o exercício do poder familiar, que passou a ser de competência de ambos os pais.

os contornos jurídicos seguros entre o restringir a liberdade da criança e o emancipar da sua capacidade de autoavaliação, conforme se discorrerá a seguir.

6 O PODER FAMILIAR E A AUTONOMIA DA VONTADE DO INCAPAZ NAS RELAÇÕES INTRAFAMILIARES

Nessa temática, imprescindível traçar uma nova moldura para que os institutos jurídicos do poder familiar e da autonomia progressiva da criança convivam harmoniosamente sem a indevida sobreposição de um em relação ao outro. Corroborando com os avanços sociais, a atual norma civil estabelece que, entre os componentes do grupo familiar, prevalecem as relações coordenadas orientadas pela solidariedade entre seus membros. Nesse cenário, os filhos são efetivamente reconhecidos como sujeitos de direito na órbita jurídico-social e protagonistas da construção de sua personalidade, mesmo estando sob a orientação de seus genitores³¹⁰.

Por esta razão, a partir das últimas décadas do século XX, o ambiente familiar retornou a um modelo mais desejável porquanto um de seus principais atrativos passou a ser o respeito por cada um de seus membros, tanto entre os cônjuges e companheiros quanto dos pais em relação à prole, superando as antigas relações de excessiva autoridade antes existente³¹¹. Destarte, a tendência da família ocidental moderna é tornar-se um grupo cada vez mais desorganizado, pouco hierarquizado e independente de laços sanguíneos, valorando mais os laços afetivos e embasado em valores compartilhados³¹².

Nesse seguimento, com o advento do Código Civil de 2002, houve uma troca significativa de paradigma no direito de família brasileiro ao substituir a ultrapassada nomenclatura *pátrio poder* (que carregava a ideia de autoridade do pai sobre a vida do filho) por *poder familiar*, que traz em seu íntimo a possibilidade de autonomia dos menores de idade frente aos poderes paternos. Na órbita externa, as legislações estrangeiras preferem o termo

³¹⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade Parental e privacidade do filho: O desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 02. maio/ago. 2015. INSS Eletrônico 2175-0491.

³¹¹ Ibid., 2015.

³¹² ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

autoridade parental ao invés de utilizarem o vocábulo *poder*, o que denota uma noção de maior flexibilidade quanto à capacidade em construção do menor³¹³.

Assim sendo, a mudança de pensamento quanto ao alcance da autoridade parental possibilitou o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges e propiciou alterações nas relações de excessiva autoridade antes existente entre pais e filhos³¹⁴. Nesse ângulo, a atual legislação civil deu uma nova cara à função do poder familiar. Agora, ambos os genitores contribuem para o desenvolvimento da personalidade dos filhos menores, promovendo e respeitando as liberdades de escolha desses e não mais as cerceando³¹⁵.

Em relação ao conteúdo, o poder familiar abstém-se da antiga forma de “poder” sobre a pessoa do absolutamente incapaz e converte-se numa função que visa à proteção da criança e a tutela de seus interesses. Em relação às atribuições à autoridade parental, “deixa de marcar a onipotência do pai e passa a ser exercida em conjunto, com fundamento na liberdade, pelos pais”³¹⁶. Logo, poder familiar não mais é um “poder” a serviço dos pais, mas uma tutela a serviço dos filhos incapazes.

Nessa acepção, a representação e assistência de crianças e adolescentes, como atributo da autoridade parental, constituem não apenas um poder dos pais em relação aos filhos, mas também um dever

com a atribuição de responsabilidade dos pais por esses atos. Essa atuação deve ser realizada em harmonia com seu objetivo (proteção e promoção dos interesses do filho) e vinculada a seu fundamento (desenvolvimento integral da criança) (Moreira, 2001, p. 166). A visão do pátrio poder como poder-sujeição (“ao pai cabiam as decisões, à mãe ser ouvida, ao filho obedecer”) tornou-se insustentável “numa família onde a autoridade justa e estável dos pais passou a ser fomentada pela solidariedade, mútuo respeito e participação entre todos os seus membros” (Moreira, 2001, p. 165). Assim, o modelo contemporâneo de autoridade familiar passa pela construção

³¹³ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

³¹⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade Parental e privacidade do filho: O desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 02. maio/ago. 2015. INSS Eletrônico 2175-0491.

³¹⁵ VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Série Monografias. **Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, v. 1, n. 2. 1980.

³¹⁶ MASSIP, Jacques. rapport français. In: **Travaux de L'association Henri Capitant**. La Protection de L'enfante: Journées Egyptiennes, Tome XXX, 1979. Paris: *Economica*, 1981, p. 102 apud. NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

consensual do consentimento dentro do núcleo familiar. “É [...] no categórico reconhecimento do menor como interlocutor dentro da família que se traduz a mais profunda alteração no tradicional quadro de valores que definia as relações entre pais e filhos” (VILELLA, 1980, p. 32)³¹⁷.

Assim, diante dessas novas perspectivas de modelo familiar, a população infantojuvenil não deve ser percebida como um grupo de adultos mais jovens, mas como sujeitos enquadrados em uma situação jurídica diferente, pois, embora estejam numa fase importante de crescimento e formação, são portadores de planos de vida pessoais, carentes em buscar, justamente, sua promoção integral.

A respeito da incapacidade civil da criança, hodiernamente é inegável o reconhecimento do direito de agir, garantindo-lhe a possibilidade de exercer suas escolhas existenciais, personalíssimas, para as quais demonstre o discernimento suficiente. Todavia, na realidade fática, ainda ressoa entre nós a ideia de que tanto a criança quanto o adolescente são sujeitos passivos na relação com seus pais como meros objetos de direito do poder familiar³¹⁸.

Entretanto, a Carta Magna de 1988, em seu art. 227, *caput*, preconiza que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à pessoa incapaz, com absoluta prioridade, “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, resguardando-os de toda e qualquer forma de discriminação, negligência, violência, exploração, crueldade e opressão³¹⁹.

É nesse sentido que os pais devem respeitar as inclinações e aspirações naturais dos filhos, bem como estimular o exercício de sua autonomia responsável, exercendo sua autoridade de maneira negociada. Não obstante, durante o processo educativo e em nome do melhor interesse da criança, os pais podem restringir a liberdade e privacidade de sua prole³²⁰.

³¹⁷ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

³¹⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade Parental e privacidade do filho: O desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 02. maio/ago. 2015. INSS Eletrônico 2175-0491.

³¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 17.

³²⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade Parental e privacidade do filho: O desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 02. maio/ago. 2015. INSS Eletrônico 2175-0491.

Aliás, Menezes e Moraes ponderam que:

O exercício do poder familiar requer responsabilidade; portanto, certa maturidade e alguma saúde, razão pela qual os pais também precisam ser assistidos e orientados quando não conseguirem levar a efeito o seu ofício parental. Ainda que o planejamento familiar seja livre decisão da pessoa e/ou do casal, uma vez que lhes sobrevenham filhos, a responsabilidade por sua criação, é inexorável. Caberá a eles a tarefa de promover o desenvolvimento dos seus filhos, proporcionando-lhes as condições materiais e imateriais necessárias, independentemente das marcas e das cicatrizes que já acumularam ao longo da vida³²¹.

Nessa senda, o sujeito capaz de protagonizar a sua própria história deverá ter a sua intimidade e vida privada preservadas, mesmo sob a influência da autoridade parental. Do mesmo modo, a medida do entendimento e maturidade das crianças e adolescentes determina a extensão da sua liberdade e privacidade em face de seus pais, tendo em vista que os elementos essenciais à sua personalidade são inalienáveis e fruem de especial proteção jurídica³²².

Da mesma maneira, caso a criança demonstre imaturidade, característica inerente à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, a submissão aos cuidados parentais se mostra necessária, desde que a intervenção de seus representantes legais seja justa, necessária e esteja em consonância com o disposto nas normas de proteção ao superior interesse do menor. Não obstante, nas relações pessoais ou não patrimoniais é imprescindível a superação de como vêm sendo enfrentados os institutos jurídicos da incapacidade e da maioridade, expressões de uma alternativa jurídica formal que não mais corresponde às expectativas da moderna sociedade brasileira³²³. Nessa ótica, Vilella entende que

Já não se trata simplesmente de rever os limites etários da capacidade civil, da nupcialidade ou mesmo de reconhecimento da validade dos negócios jurídicos empreendidos por menores em tenra idade. Penetra-se mais fundo a problemática subjacente às determinações tópicas de aptidão etária para se compreender que o fenômeno do crescimento biológico e emocional, que é contemporâneo da vida, tem de encontrar resposta permanente no direito, que requer assim determinações matizadas e flexíveis para a material. Sente-se nas suas novas tendências que o regime jurídico das relações paterno-filiais procura exprimir o que SCHWARTZ chamou de “pedagogia da

³²¹ Ibid., 2015.

³²² A atual Constituição Federal trata a intimidade e a vida privada como elementos fundamentais ao aperfeiçoamento da personalidade.

³²³ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Jovene, 1972. p. 137.

escolha”, que é, em suas próprias palavras, uma pedagogia de contrato, vale dizer, da liberdade³²⁴.

Resumidamente, a capacidade de querer e entender são expressões da gradual evolução que é inerente à natureza humana, titular de uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais que, pela sua essência, são, em regra, intransmissíveis e irrenunciáveis³²⁵. Desse modo, crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais cujo exercício não pode estar subordinado aos mecanismos de substituição da vontade estipulados no Código Civil³²⁶. Nessa monta, os filhos têm capacidade para o exercício de direitos extrapatrimoniais mesmo em face de seus genitores, e a esses cabe a função restrita de promover o desenvolvimento da personalidade de seus representados e/ou assistidos.

Reforçando o disposto, Rosa Martins afirma que a criança é detentora de “uma capacidade progressiva, igual em dignidade ao adulto, sujeito ativo na construção do seu futuro numa relação intersubjetiva com os pais, titular de direitos fundamentais³²⁷”. Nessa acepção, percebe-se que, ao longo da vivência, a pessoa humana se constrói e se reconstrói, sendo decisiva a guarida da família, especialmente nos primeiros anos de vida.

Nesse sentido, Marx Neto analisa a inserção da criança na vida social antes de verificar a extensão de seus direitos e, assim, considera “o enquadramento da resposta na interpretação sistemática do direito vigente, reconhecendo-se o direito da criança em ser ouvida e a obtenção da resposta por meio do acerto familiar”³²⁸. A solução apresentada pelo estudioso teve como fundamento a realização do melhor interesse da criança e o reconhecimento efetivo de seus direitos.

³²⁴ VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Série Monografias. **Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, v. 1, n. 2, 1980. p. 32.

³²⁵ Nesse sentido, Farias e Rosenvald lecionam que “o art. 11 do Código de 2002 é de clareza solar ao dispor que, ‘com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis’, permitindo antever o seu caráter indisponível relativamente”. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142.

³²⁶ Estamos nos referindo aos institutos civis da representação da assistência de acordo com o disposto no art. 71 do NCPC: “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

³²⁷ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação das crianças e a função educativa dos pais. In: OLIVEIRA, G.; SILVA PEREIRA, T. **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86-87.

³²⁸ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

7 A INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: OS NOVOS CONTORNOS DO DIREITO INFANTOJUVENIL

7.1 A mudança social por meio do direito positivo: o modelo sistêmico luhmanniano

Destarte, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito com capacidade em progressão ganha ainda mais veracidade quando se concilia o referido instituto com os princípios fundamentais positivados tanto na Constituição Federal quanto na Convenção Sobre os Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pacificando a situação da pessoa absolutamente incapaz portadora de transtorno de identidade de gênero com a evolução constante da sociedade brasileira moderna.

Assim, a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico dá ao juiz a possibilidade de efetivar o direito fundamental que lhe é apresentado mesmo que a interpretação dali resultante se dê ao arrepio da lei (*stricto sensu*). Dessa forma, é salutar que o direito não seja interpretado de maneira fragmentada, mas de forma una, conforme a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, segundo a qual o direito é um

sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, cuja função é manter estável as expectativas, ainda que estas sejam frustradas na prática. As expectativas são as normas jurídicas, que, assim, permanecem estáveis independentemente de uma eventual violação³²⁹.

Nesse passo, Luhmann critica a positividade dogmatizada do direito como sendo estatuída por força própria. Tal assertiva não é capaz de satisfazer à sociologia, que sempre procura considerar outras alternativas além daquelas consolidadas por meio do processo legislativo³³⁰. Portanto, a decisão regulamentada não pode ser tratada como a causa explicativa da vigência do sentido estatuído de uma norma, tendo em vista que o direito não é criado a partir da vontade do legislador, mas “resulta de estruturas sistêmicas que permitem o

³²⁹ ANDAKU, Juliana Almenara. **O Direito na Teoria de Niklas Luhmann**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6uo3jlaDWAhUHmJAKHUK3BWcQFggxMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F692917&usg=AFQjCNEjXjeA1g0b7Ud_1SxKFTiJRF-E_g>. Acesso em: 12 set. 2017.

³³⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 7.

desenvolvimento de possibilidade e sua redução a uma decisão consistindo na atribuição de vigência jurídica a tais decisões”³³¹.

O que se busca dizer é que a vigência do direito positivo está subordinada a um fator cuja variável é uma decisão. Desse modo, o direito vige não apenas pela força de um ato legislativo histórico, mas, enquanto continuar sendo alvo de escolha dentre outras possibilidades, estando sujeito a qualquer momento a revogação ou modificação³³². Luhmann explica que

A constância das possibilidades de modificação mantém a consciência de que o direito a cada momento vigente é resultante de uma seleção de que ele vige por força dessa seleção a qualquer momento modificável³³³

Nesse aspecto, o direito positivo não pode ser utilizado como óbice ao progresso social; muito pelo contrário, “ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente”³³⁴. Luhmann acrescenta que “o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável”³³⁵.

Nesse ponto, o jurista alemão Friedrich Müller leciona:

Assim, se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e prática refletidas, com uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social não reproduzidos no texto da norma é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática³³⁶.

Desse modo, sob a perspectiva do modelo sistêmico luhmanniano, a evolução do direito positivo manifesta-se com a transformação do improvável em provável, melhor sintetizando, ocorre evolução quando “aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura do

³³¹ Ibid., p. 8.

³³² Ibid., p. 9.

³³³ Ibid., p. 9-10.

³³⁴ Ibid., p. 10.

³³⁵ Ibid., loc. cit.

³³⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32-33.

respectivo sistema³³⁷”. Nesse aspecto, o fenômeno evolutivo só é completado quando preenchidas três condições reciprocamente: variação, seleção e restabilização (ou retenção)³³⁸.

Nas lições de Marcelo Neves, a “variação consiste em uma reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema”³³⁹. A variação, por si só, não representa a evolução sistêmica, tendo em vista a necessária seleção de estruturas que possibilitem a continuidade do elemento inovador³⁴⁰. A restabilização é o mecanismo que assegura à estrutura inovadora “duração e capacidade de resistência”³⁴¹.

Luhmann reduz o conceito da positividade “à formulação de que o direito não é só estatuído (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também *vige* por força de decisões (sendo então contingente e modificável)³⁴²”. Assim, enquanto a lei positiva fizer parte das escolhas sociais, o seu texto será aplicado.

Ocorre que as construções socioculturais evoluem de maneira muito mais célere que a produção legislativa, isto é, o conteúdo normativo nem sempre será condizente com aquilo que se enfrenta no meio social. Desse modo, no sentido temporal, hoje pode estar vigorando um direito que ontem não se imaginava e amanhã, possivelmente, não mais valerá para representar os anseios dos agrupamentos humanos³⁴³.

Nessa perspectiva, Luhmann defende que pequenas reformas legislativas podem ser antecipadas, visto que as grandes não podem ser decididas de maneira célere³⁴⁴. Em suma, o direito positivo está provisoriamente em vigor, não sendo óbice para que um tema novo possa integrar materialmente o ordenamento jurídico, tornando possível a regulamentação de muitas novas formas de comportamento humano. Para o sociólogo,

o “bom direito” parece residir não mais no passado, mas em um futuro em aberto. Resumindo: pode-se recorrer à dimensão temporal para a caracterização da complexidade do direito. Com isso, o direito passa a fluir de forma legítima e controlável; ele se adequa ao fato de que nas sociedades funcionalmente diferenciadas o alto grau de interdependência de todos os

³³⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: Uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

³³⁸ São os chamados mecanismos evolutivos ou funções da evolução. In: NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: Uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006 p. 2.

³³⁹ Ibid., loc. cit.

³⁴⁰ Ibid., loc. cit.

³⁴¹ Ibid., loc. cit. Trecho em destaque é uma citação direta à obra de Luhmann.

³⁴² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 10

³⁴³ Ibid., loc. cit.

³⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 11.

processos faz com que o tempo se torne escasso e passe a fluir mais rapidamente³⁴⁵.

Em compêndio, o direito não mais impossibilita o desenvolvimento da sociedade; muito pelo contrário, o direito serve como um mecanismo do avanço social, buscando estabelecer um equilíbrio entre as normas positivadas e as evoluções empiricamente experimentadas no seio da comunidade.

Em linhas gerais, o presente trabalho teve como problema central a adequação da capacidade progressiva do menor transexual ou transgênero no exercício das relações existenciais sem que haja, necessariamente, a total superação das regras jurídicas traçada pelo atual código civil, mas promovendo a integração das normas que circundam a esfera jurídica da população infantojuvenil, redefinindo o alcance das normas civis incapacitantes.

Na atualidade, presumidamente, crianças e adolescentes dispõem de amplo acesso à informação, goza das benesses de viver em um mundo globalizado e, portanto, ao experimentar novas possibilidades, acaba atingindo grau de discernimento suficiente para tomada de decisões nas questões extrapatrimoniais muito mais cedo que outrora. Em consequência dessa revolução do mundo moderno, aqueles que estão na fase da infantoadolescência, enquanto sujeitos de direito, não podem mais ter a sua voz silenciada com base no entendimento ultrapassado sobre a existência de um “texto rígido” da lei. Não há justiça, não há eficácia, se o direito não for capaz de acompanhar as nuances da contemporaneidade, prendendo-se a um passado cada dia mais distante.

Em suma, a positividade do direito brasileiro não é argumento contundente o bastante para barrar o reconhecimento da capacidade progressiva do menor na disposição de gênero, tendo em vista que, mesmo na ausência de uma lei específica regulando a temática o arcabouço jurídico-normativo, dispõe de ferramentas suficientes para a efetivação dos direitos estabelecidos tanto na Lei Maior quanto na Convenção Sobre os Direitos da Criança e no ECA.

7.2 A capacidade progressiva sob a ótica da teoria do diálogo das fontes

³⁴⁵ Ibid., p. 10.

Nesse contexto, em vista do atual pluralismo jurídico pós-moderno de um direito detentor de inúmeras fontes normativas, surge a necessidade de coordenação entre os diplomas legislativos pertencentes ao mesmo ordenamento como exigência para se alcançar um sistema jurídico justo, eficiente e coerente, em que todas as normas dialoguem constantemente de maneira a formar um todo harmônico³⁴⁶.

Essa é a proposta da famigerada teoria do diálogo das fontes (*dialogue des sources*), que surgiu na Alemanha com Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, e foi importada para o território nacional por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Nas palavras de Flávio Tartuce:

A essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Como se pode perceber há nesse marco teórico, do mesmo modo, a premissa de uma visão unitária do ornamento jurídico³⁴⁷.

Destarte, cada vez mais se legisla nacional e internacionalmente sobre temas convergentes e, dessa forma, o primeiro desafio a ser enfrentado pelo aplicador da lei é a existência de uma pluralidade de normas coexistentes³⁴⁸. Nesse cenário, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil estariam em aparente conflito por tratarem sob diversas perspectivas a capacidade conferida à criança, porquanto esse último silencia sobre a capacidade progressiva, negando, aparentemente, aos absolutamente incapazes a prática de todos os atos da vida civil.

Pela teoria do conflito de leis no tempo, haveria uma suposta “colisão” ou conflito entre os campos de aplicação dos diplomas legislativos. A solução apresentada por aqueles que defendem a referida tese era que a solução da antinomia deveria ser realizada por meio da prevalência de uma lei sobre a outra e a consequente exclusão de uma delas do sistema, por meio dos institutos jurídicos da ab-rogação, derrogação ou revogação³⁴⁹.

De forma sintética, a doutrina clássica, em regra, apresenta três critérios de resolução dos conflitos de lei no tempo, quais sejam, a anterioridade, especialidade e a hierarquia, sendo esse último prevalente sobre os demais, conforme os ensinamentos propugnados por Norberto

³⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003. p. 71-72.

³⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 65.

³⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit. p. 72.

³⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003.

Bobbio³⁵⁰. Contudo, se levássemos em consideração o critério da hierarquia entre as normas conflitantes, naturalmente, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, por se tratar de diploma legislativo hierarquicamente superior, sobrepor-se-ia às disposições contrárias estabelecidas no Código Civil.

Em contrapartida, observa-se que a doutrina moderna não busca mais a exclusão das leis em aparente conflito, mas a harmonia e coordenação entre as normas jurídicas pertencentes ao mesmo sistema. Essa é a chamada coerência derivada ou restaurada (*coherence devirée ou restaurée*):

[...] que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”³⁵¹.

Vale destacar que só há conflito de normas quando o campo de aplicação das leis é o mesmo no caso concreto. Destarte, quando uma criança ou adolescente busca exercer seus direitos existenciais e vê seus interesses negados diante da incidência do Código Civil que pretere as disposições gerais estabelecidas na Convenção Sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente – que reconhecem a pessoa juridicamente incapaz como um ser em desenvolvimento e, por isso, detentor de uma capacidade em progressão –, estamos diante de um caso em que há o conflito de normas.

Não bastasse, a convergência de campos de aplicação das leis pode levar ao conflito; doutro modo, a convergência de princípios é o meio pelo qual ocorre o diálogo entre as fontes legisladas. Assim, a convergência de princípios é fator, deveras positivo, para a coabitação de leis no mesmo ordenamento legal³⁵².

Por outro lado, é demasiadamente importante a análise do campo de aplicação subjetivo das leis, visto que a concentração no sujeito de direitos é hoje característica predominante no nosso ordenamento jurídico. É para proteger os sujeitos que leis especiais são elaboradas, a exemplo do Estatuto da Criança e do adolescente, compositor de um microsistema jurídico. Em sequência, “o aplicador deve examinar o conflito com olhos

³⁵⁰ Ibid., p. 72.

³⁵¹ Ibid., p. 72-73.

³⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003. p. 78.

plurais, pois a nova teoria do sujeito é outra: o sujeito está fragmentado e é plural³⁵³”, como é o grupo composto por crianças e adolescentes.

Nesse segmento, Erik Jayme avalia que, hodiernamente, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do direito de ser diferente e de ser tratado de forma diferente, sem a necessidade de ser igual a seus pares, não mais admite que haja uma monossolução para casos complexos. Desse modo, “a solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções³⁵⁴”.

A superação de paradigmas é substituída pela conveniência dos paradigmas; a revogação expressa é substituída pela incerteza da revogação tácita indireta pela incorporação do novo modelo hermenêutico ao sistema. Assim sendo, há a conveniência de leis com campos de aplicação ora divergentes, ora convergentes dentro de um mesmo sistema jurídico que parece ser agora plural, fluído, mutável e complexo³⁵⁵.

Em síntese, para Marques o que Jayme propõe é a coordenação das fontes, desde que seja uma sistematização flexível e útil entre as leis em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência no ordenamento jurídico, ou seja, a efetiva mudança de paradigma sem que haja a exclusão e/ou inclusão de novos diplomas legislativos³⁵⁶.

Assim, a tese tem o intuito de trazer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar problemas de aparente conflito entre os diplomas legais no sentido de interpretá-los de forma coordenada e sistemática, em conformidade com os preceitos constitucionais. Marques pondera os fundamentos da tese:

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue des sources*) a permitir a aplicação simultânea, coerente, coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogos’ porque há aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a

³⁵³ Ibid., p. 79.

³⁵⁴ Ibid., p. 73.

³⁵⁵ Ibid., loc. cit.

³⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003. p. 74.

solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)³⁵⁷.

Nessa senda, o diálogo entre as fontes normativas ora se dará através da aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo, ora será feita mediante a complementação de uma norma à outra, isto é, por meio da aplicação subsidiária de uma norma em complemento à outra³⁵⁸.

Nas lições de Flávio Tartuce, a primeira justificativa para a aplicação da tese em comento refere-se à sua funcionalidade, tendo em vista que o mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma crescente quantidade de leis, “a deixar o aplicador do Direito até desnorteado³⁵⁹”. Nesse sentido, o jurista mineiro transcreve em sua obra importante passagem retirada da doutrina de Marques, na qual se expõem, de maneira clara e concisa, as razões filosóficas e sociais para a aplicação da tese:

*Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina “le retour des sentiments”, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (‘Zersplietierung’), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o ‘double coding’, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos ‘espaços de excelência’(JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 e ss.)³⁶⁰.*

³⁵⁷ Ibid., loc. cit.

³⁵⁸ PRADO, Sérgio Malta. **Da teoria do diálogo das fontes**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

³⁵⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 66.

³⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003. p. 24. Trata-se de introdução da obra coletiva escrita em coautoria com Antonio Herman de V. e Benjamin e Bruno Miragem e que praticamente apresentou o diálogo das fontes para a comunidade jurídica nacional.

Apenas a título exemplificativo, a teoria do diálogo das fontes já é amplamente aplicada nas relações consumeristas, visto que a primeira tentativa de emprego da tese se dá com a possibilidade de subsunção concomitante do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil a determinadas relações obrigacionais, em especial os contratos³⁶¹. Não obstante, há a possibilidade de diálogo entre o direito civil e o direito do trabalho, sendo totalmente viável e, mais do que isso, plenamente recomendável³⁶².

Contudo, a tese em comento não se limita a ramos específicos do direito, podendo ser aplicada, inclusive, para solucionar aparentes conflitos das mais diversas naturezas, como o que propomos com a presente pesquisa, ou seja, conciliar as disposições do Código Civil com todos os demais diplomas legislativos que envolvam direitos da criança e do adolescente, incluindo-se nesse espectro a própria Constituição Federal e suas disposições concernentes.

Nesse contexto, Flávio Tartuce³⁶³ arquiteta uma relação direta entre a teoria do diálogo das fontes, a constitucionalização do direito civil (direito civil constitucional), a eficácia dos direitos fundamentais e a personalização do direito civil. Acrescenta:

Ora, a constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (Direito Civil Constitucional). Com isso se vai até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como a máxima do nosso ordenamento jurídico (personalização).

Para que essa proteção seja possível, deve-se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, que as normas que protegem a pessoa, previstas no Texto Maior, têm aplicação imediata nas relações entre particulares. A porta de entrada dessas normas protetivas, nas relações privadas, pode se dar por meio das cláusulas gerais (eficácia horizontal mediata), ou mesmo de forma direta (eficácia horizontal imediata)³⁶⁴.

De igual modo, Cleyson de Moraes Mello considera que a norma jurídica civil não pode ser assimilada a um juízo hipotético

ancorado nos princípios da lógica formal, a partir de um rigorismo da separação dos mundos do 'ser' e 'dever ser'. O direito civil e o direito

³⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 67.

³⁶² Ibid., p. 70.

³⁶³ Ibid., p. 72.

³⁶⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. 72.

constitucional devem estar em perfeita harmonia a fim de que possa espelhar a realização e a concretização do direito³⁶⁵.

Por fim, vislumbrou-se a necessidade da análise coordenada das normas que resguardam crianças e adolescentes, possibilitando a visão de um sistema unitário, em que existem inúmeros diálogos e o reconhecimento da interdisciplinaridade entre o direito, a psicologia e a sociologia³⁶⁶. Assim, diante do exposto, conclui-se pela existência da capacidade progressiva do menor quanto ao exercício dos direitos de personalidade no direito brasileiro. A harmonia entre as diversas fontes normativas que incidem sobre a esfera jurídica das crianças e dos adolescentes orientam no sentido da inaplicabilidade imediata do art. 3º do Código Civil de 2002 nas questões que não envolvem direitos patrimoniais.

8 DA DISPOSIÇÃO DO CORPO POR PARTE DO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ

O reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e detentores de prerrogativas fundamentais é potencialmente revolucionário no direito civil e demanda uma reconstrução dos institutos jurídicos do poder familiar e da incapacidade originária. Ao longo deste capítulo, suscitamos a confusão gerada entre a autoridade parental nas esferas patrimoniais e extrapatrimoniais. Essa dicotomia se apoia na distinção entre os institutos da personalidade e capacidade, motivo pelo qual se fez uma interpretação sistemática e histórico-dogmática do ordenamento jurídico pátrio.

Essa fragmentação da autoridade parental se completa mediante uma reinterpretação da capacidade jurídica. Concebida originalmente como um instituto do direito patrimonial, a incapacidade pode ser preservada em suas relações com o poder familiar. Entretanto, como visto, as modalidades clássicas de interdição de direitos sugerem uma certa impossibilidade de convivência com os direitos à autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade dos menores, razões pelas quais o exercício de atos jurídicos e a prática de situações jurídicas que envolvam o exercício de direitos existenciais devem ser mediadas pelo reconhecimento da capacidade progressiva.

³⁶⁵ MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. p. 28.

³⁶⁶ TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 73.

Apesar de a legislação civil brasileira não prever explicitamente o instituto jurídico da autonomia progressiva, o caráter essencialmente patrimonial de que é revestida a capacidade de exercício faz com que essa categoria jurídica não seja adequada à legitimação para a prática de situações jurídicas extrapatrimoniais. Nesse sentido, empreendemos um esforço hermenêutico da modelagem da capacidade progressiva, apoiando-nos na teoria sistêmica de Luhmann e na tese do diálogo das fontes, especialmente a partir da interpretação das normas gerais que cuidam da criança e do adolescente, a autonomia privada, os direitos da personalidade e a evolução social³⁶⁷.

Em epítome, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança vem sedimentar a possibilidade de os infantes participarem das decisões concernentes à sua pessoa, sendo ouvidos em todas as fases processuais. Nesse segmento:

O objeto da Convenção é promover os direitos das crianças e facilitar seu exercício, principalmente por meio do direito processual. A criança não deve ser somente informada da existência do processo como lhe deve ser facultado o direito de intervir: “a palavra da criança permite ao tribunal se pronunciar com conhecimento de causa” (RIOMET, 1996, p. 91). Com essas medidas, pretende-se tomar a sério a manifestação da criança, ao invés de simplesmente ter essa circunstância como uma formalidade processual. Tanto é que, verificado o conflito entre a criança e os detentores da autoridade parental, deve ser nomeado um representante especial para salvaguardar a vontade manifestada, reconhecendo-se à criança o direito de ser acompanhada por um advogado. A despeito da menoridade, a criança pode pretender um representante distinto daquele legalmente constituído (RIOMET, 1996, p. 89-93)³⁶⁸.

Esse avanço no tratamento dessa parte da população tem como principal objetivo evitar ingerências na vida familiar, bem como garantir às crianças e adolescentes a efetividade dos direitos processuais que lhe foram reconhecidos. E, para que tal afirmativa seja possível, aumentam-se as prerrogativas e responsabilidade das autoridades envolvidas na resolução desses conflitos de interesses entre pais e filhos³⁶⁹.

Nessa seara, o conflito de interesses que venham a existir entre os sujeitos que compõem o grupo familiar necessita de uma resolução equilibrada entre a autoridade e

³⁶⁷ A releitura da obra da importante jurista brasileira Claudia Lima Marques nos permitiu uma análise mais aprofundada acerca da interpenetração das leis que cuidam da criança e do adolescente no ordenamento jurídico nacional.

³⁶⁸ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

³⁶⁹ Ibid., 2011.

direção de quem possa e a capacidade de a criança autodeterminar-se naquelas situações que envolvam a disposição de gênero. Nesse sentido, o melhor interesse da criança estaria preservado na efetiva aplicação do disposto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança.

No mais, a resolução da celeuma apresentada não pode estar limitada a posicionamentos antagônicos (protecionistas *versus* libertacionista). Para o autor, não mais se admite a reificação das pessoas juridicamente incapazes nas relações intrafamiliares, concedendo aos pais um poder verticalizado e imperioso sobre as decisões dos filhos menores; não se pode também admitir o abandono da estrutura de proteção das crianças e adolescentes “em favor de um modelo de *aprender fazendo*”³⁷⁰.

Importante mencionar que o fato daqueles entendidos como absolutamente incapazes poderem autodeterminar-se como pertencentes ao sexo oposto ao do seu nascimento não implica dizer que tal decisão não esteja sujeita a arrependimentos posteriores. O principal argumento defendido pelos libertacionistas diz respeito ao fato daquele que tem o direito de fazer não se confunde, necessariamente, com o dever de não errar³⁷¹. Assim, os maiores de dezoito anos, pelo fato de possuírem capacidade jurídica plena, não estão imunes a erros, e a possibilidade de falhar não inibe a tentativa de corrigir a equação e tentar sempre o melhor numa próxima vez³⁷². Por conseguinte, o representante legal tem a obrigação de concretizar o melhor interesse do representado, concedendo e retirando poderes dentro da função pedagógica da autoridade parental.

Como sugestão, a aferição da capacidade progressiva daqueles ditos incapazes no exercício da disposição de gênero pode ser adequada aos moldes do que já vem sendo praticado nos casos que envolvem guarda, tutela e adoção, ou seja, o juiz devidamente assistido por uma equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público³⁷³, entrevista

³⁷⁰ Ibid., 2011.

³⁷¹ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

³⁷² Ibid., 2011.

³⁷³ Em consonância com a inteligência do art. 178, II, NCPC: O ministério será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: II interesse de incapaz. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

pessoalmente a pessoa impúbere e as demais que lhe prestarão apoio³⁷⁴. É interessante chamar ao processo os representantes legais do menor pleiteante, para que haja uma integração entre pais e filhos e necessariamente uma melhor complementação da vontade da criança e do adolescente.

É importante que os pais também sejam assistidos por essa equipe multidisciplinar como forma de melhor compreender a delicada situação em que se encontra seu filho incapaz, vivendo em um corpo que não representa a percepção que possui de si mesmo, e sendo obrigado a esperar uma idade determinada para tentar reverter os malefícios que anos de submissão e negligência lhes proporcionaram.

Uma vez estabelecidos tais parâmetros, resolve-se um problema dogmático absolutamente fundamental: a objetificação do infante. Enquanto responsáveis patrimoniais de crianças e adolescentes, pode-se afirmar que os genitores ou tutores estão investidos de um poder jurídico que tem como objeto os direitos patrimoniais daqueles sujeitos. No mais, na qualidade de responsáveis extrapatrimoniais por um infante, compete aos detentores do poder familiar conquistá-la e exercê-la em conformidade com a autodeterminação e a capacidade progressiva da criança e do adolescente.

Nessa linha de raciocínio, a comunidade familiar hodierna não comporta o exercício de poderes jurídicos existenciais que não estejam justificados com base na cooperação e negociação entre os membros da entidade familiar, ou em uma absoluta incapacidade para consentir, resultante da insuficiência de idade.

Em síntese, reconhecer o direito das crianças e adolescente à participação no processo decisório não significa a outorga da deliberação final. Assim, um juízo de aprovação por parte da pessoa em peculiar situação de desenvolvimento abre o caminho para as demais avaliações de oportunidade de seus responsáveis. Nesse sentido:

Os pais devem exercer seus direitos apenas onde a criança não é competente para entender completamente as consequências dos seus actos ou onde não intervir possa pôr a criança em risco ou possa interferir com os direitos dos

³⁷⁴ A matéria está disciplinada pelo art. 751, NCPC, que trata da situação da seguinte forma: o interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. Percebe-se que se trata de regulamentação para processo de interdição, mas pode ser perfeitamente aproveitada nos casos em que tratamos neste trabalho.

outros” (MOREIRA, 2001, p. 174). Isso não quer dizer que se deve forçar a criança a decidir ou diminuir a autoridade paterna, mas reconhecer que a criança deve exprimir o que pensa. Esse é um direito seu, e não um favor dos pais.

Em relação ao poder familiar, o menor que detenha condições suficientes de maturidade pode exercer os direitos da personalidade, o que não implica necessariamente na proibição de os pais atuarem na defesa de seus interesses³⁷⁵.

Em conclusão, todo o exposto nestas páginas ganharia muito em operacionalidade se adviesse uma reforma legislativa infraconstitucional, regulamentando especificamente da capacidade progressiva do menor nas questões que envolvam a disposição de gênero. Registre-se, porém, que tal reforma apenas deixaria mais claro o ambiente normativo que já vigora entre nós, consoante amplamente demonstrado ao longo deste estudo. Contudo, enquanto não há a positivação do exercício de direitos pela pessoa considerada incapaz, a resposta apresentada parte de uma atividade integrativa que harmonize os diversos diplomas normativos que regem a temática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise doutrinária e documental empreendida no decorrer deste artigo, conclui-se, inicialmente, que no âmbito do direito civil brasileiro ainda carece de estudos mais acurados sobre a temática envolvendo a aplicação do princípio da capacidade progressiva do menor absolutamente incapaz nas questões existenciais, incluindo, nesse cenário, a disposição do gênero.

Ademais, a partir dos casos demonstrados, presume-se que a ausência de tutela legislativa desses sujeitos de direitos absolutamente incapazes se dá com base em uma sociedade que ainda demonstra não estar preparada para o enfrentamento dos discursos referentes à libertação sexual da população infantojuvenil. Dessa forma, a omissão do legislador frente à temática debatida mostra-se uma ferramenta legítima e democrática, visto que esse representa os anseios do povo que o elegeu.

³⁷⁵ NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

Nesse ínterim, demonstrou-se que a criança e o adolescente não são seres estáticos, estagnados, mas sujeitos de direito personificados detentores de uma capacidade moral e cognitiva em constante progressão e aperfeiçoamento, motivo pelo qual a proibição desmotivada ao exercício dos direitos de personalidade se revela inapropriado na atual conjuntura da sociedade brasileira. Por essa razão a criança e o adolescente de hoje, presumidamente, não podem ser equiparados em questão de capacidade nos mesmos termos que se via antes, tendo em vista o rápido acesso a um variado e denso número de informações.

Entretanto, observa-se que, nesse panorama, o Código Civil não faz qualquer diferenciação entre o exercício dos direitos patrimoniais e existenciais, exigindo, em ambos os casos, que seu titular seja detentor da capacidade de fato, prerrogativa essa adquirida, em regra, pelo atingimento da maioridade civil. Dessa feita, desconsidera-se, até os dias atuais, a aplicação ao caso concreto dos preceitos formalmente internalizados pelo Brasil quando da ratificação da Convenção Sobre os Direitos da Criança, referentes à possibilidade de aferição da capacidade cognitiva e moral do menor, quanto ao exercício daqueles direitos de cunho personalíssimo.

Em continuidade, Paulo Gonet sustenta que para o exercício dos direitos fundamentais não há necessidade de aferimento da capacidade de fato quando o direito em comento prescindir de conhecimento para a tomada de decisão como, por exemplo, o direito à vida ou à integridade física. Nesse cenário, não caberia cogitar da distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato, sob pena de restringir-se indevidamente direitos essenciais. De modo diverso, concluiu-se que o exercício dos direitos existenciais não propaga, ou não deveria propagar, efeitos na esfera patrimonial da pessoa natural, quer dizer, o exercício dos direitos de personalidade não atrai para o seu campo de incidência os institutos civilistas incapacitantes.

Dessa feita, diante da omissão do legislador frente a um dos grupos mais marginalizados e excluídos da sociedade brasileira, suscitou-se a impossibilidade de o juiz silenciar frente ao direito que lhe é apresentado. Por essa razão, mesmo que haja normatização em sentido contrário, o intérprete pode se valer de diversas ferramentas hermenêuticas para melhor responder aos anseios daqueles sujeitos que se encontram à penumbra da lei.

Nesse sentido é que a atividade do intérprete não se resume em apenas descrever o significado das normas postas, mas construir sentidos novos, não sendo concebível a ideia de

que a aplicação da legislação positivada envolve apenas uma subsunção entre conceitos prontos e acabados antes mesmo do processo de aplicação. É nesse sentido que se verificou a possibilidade da inaplicabilidade imediata do art. 3º do Código Civil naquelas relações jurídicas envolvendo interesse de crianças e adolescentes em que não se discutam questões com conteúdo econômico.

Outrossim, vislumbrou-se a possibilidade de se promover microrreformas no ordenamento jurídico positivado, mesmo que o Poder Legislativo ainda não tenha se manifestado a respeito, tendo em vista que a vigência do direito está diretamente subordinada a um fator cujo a variável é uma decisão que não deriva da vontade do legislador ordinário, mas resulta de estruturas sistêmicas que proporcionam o desenvolvimento das possibilidades e a sua redução a uma decisão que seja condizente com a realidade social.

Aliada a essa ideia, a teoria do diálogo das fontes preconiza que, diante do atual pluralismo pós-moderno de um direito detentor de inúmeras fontes legislativas, urge a necessidade de coordenação entre as normas existentes em um mesmo sistema jurídico como meio de se atingir um direito mais justo, eficiente e coerente, em que todas as leis dialoguem constantemente no intuito de formar um todo harmônico.

Por fim, a hipótese suscitada mostrou-se confirmada diante dos argumentos esposados na presente pesquisa, mas não se pode deixar de reconhecer que a positivação do caminho aqui traçado ganharia e muito em aplicabilidade caso viesse uma proposta legislativa que efetivamente alterasse a teoria das incapacidades concernentes à população infantojuvenil em relação ao exercício, ao menos, de seus direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS:

ANDAKU, Juliana Almenara. **O Direito na Teoria de Niklas Luhmann**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6uo3jlaDWAhUHMJAKHUK3BWcQFggxMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F692917&usg=AFQjCNEjXjeA1g0b7Ud_1SxKFTiJRF-E_g>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRAGA, Renato; REIS, Leonardo. **Direito Civil Facilitado: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 17.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 6 set. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Transexualidade e travestilidade na saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Transexualidade e travestilidade na saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

BRITZMAN, Deborah. O que é esta coisa chamada amor: identidade homossexual, educação e currículo. **Revista Educação & Realidade**, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação. v. 21. p. 74, jan./jun. 1996.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CECCARELLI, Paulo Roberto. (2010). Psicanálise, sexo e gênero: algumas reflexões. **Revista Diversidades**: Dimensões de Gênero e sexualidade real. Florianópolis: Ed. Mulheres. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/pt/wp-content/uploads/artigos/portugues/doc/psicanalise_e_genero.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

CORDEIRO, Silvia N.; KLEIN, Silvana M.R. Poncio; PEREIRA, Cláudia B.D.; SOUSA, Livia M. de; YOSHIDA, Luzia Aparecida Martins. **Transexualismo**: uma visão psicanalítica. Rev. Latinoam. Psicopat. Fund., IV, 2.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, F. D. **Transtornos de Identidade Sexual**: Sexualidade Humana e seus Transtornos. São Paulo: Lemos-Editorial, 2000.

HIGHTOM, Elena, La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Rubinzal-Culzoni: Santa Fé, n. 1, 1993.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero**: conceitos e termos. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 4 out. 2017.

JONAS, Hans. **The Imperative of Responsibility: in search of an ethics for the technological age**. Trans. Hans Jonas and David Herr. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1984.

LIMA, Rita de Lourdes. Diversidade, identidade de gênero e religião: algumas reflexões. **Revista Pauta**, 2011, p. 167-168. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2940/2104>>. Acesso em: 20 out. 2017.

LIPIANSKY, E. M. **Identité e communication**: L'expérience groupale. Paris: Press Universitaires de France, 1992.

LOPES, André Cortes Vieira. **Transexualidade**: reflexos da redesignação sexual. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/229.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**: uma perspectiva pós-estruturalista. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003.

MATURANO, Ana Cássia. Sobre a transexualidade na infância e adolescência. [Versão eletrônica]. **Gênero, Direitos Humanos e Ativismos “Atas do V Congresso Internacional Em Estudos Culturais 247”**, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/platb/dicas-para-pais-e-filhos/2013/11/11/sobre-a-transexualidade-na-adolescencia/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

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

MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente**: novidade utópica ou realidade esquecida? Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site./index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 6 set. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade Parental e privacidade do filho: O desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 02. maio/ago. 2015. INSS Eletrônico 2175-0491.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Civil** – Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

NETO, Edgard Audomar Marx. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista jurídica da Presidência**. Brasília. v. 13. n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011. ISSN 2236-3645.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: Uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, G.; SILVA PEREIRA, T. **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino-Napoli: Jovene, 1972.

PINTO, M. J. C.; BURNS, M. A. T. **Vivência Transexual**: o corpo desvela seu drama. Campinas: Átomo, 2006.

PRADO, Sérgio Malta. **Da teoria do diálogo das fontes**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

RODRIGUES, Cássio Moreira; BARROS, Charles Sullivan. **Transexualidade na Infância**: Reflexões a partir do documentário “Meu eu secreto – histórias de crianças trans. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/11456/8066>>. Acesso em: 25 out. 2017.

ROSENVALD, Nelson. **A autonomia progressiva dos adolescentes**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SANTOS, Eliane Araque dos. **Crianças e adolescentes** – Sujeitos de direitos. Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/10214>>. Acesso em: 10 out. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo. Atlas, 2013.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Orgs.). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009. p. 46.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Série Monografias. **Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, v. 1, n. 2. 1980.

CYBERSTALKING E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA NOVA FORMA DE AGRESSÃO?

CYBERSTALKING AND DOMESTIC VIOLENCE: A NEW FORM OF AGRESSION?

Lana Kelly Silva Ramos

SUMÁRIO: Resumo; Introdução; 1. Violência doméstica e familiar e relação íntima de afeto: 1.1. O contexto de criação da Lei 11.340/06; 1.2. O conceito de violência doméstica e psicológica; 1.3. O âmbito de aplicação da Lei 11.340/06 e considerações jurisprudenciais; 2. *Cyberstalking*: 2.1. O conceito de *cyberstalking*; 2.2. Estudo comparado: Tratamento da prática em outros ordenamentos jurídicos; 3. Relação entre violência doméstica e *cyberstalking*: 3.1. Análise do chamado estupro virtual; 3.2. Subsunção do *cyberstalking* ao conceito de violência doméstica; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente artigo científico vem trazer o seguinte questionamento: em que medida as práticas de perseguição por meios virtuais, também conhecidas como *cyberstalking*, no âmbito das relações íntimas, se enquadram como violência doméstica? Nesse contexto foi lançada a conjectura de que o *cyberstalking* consiste numa nova forma de manifestação de violência psicológica. Perpassando pelo contexto de criação da Lei de Violência Doméstica brasileira e pelos conceitos de violência psicológica e *cyberstalking*, ademais de proceder a um estudo comparado e um exame do chamado estupro virtual, chegou-se à conclusão de que, de fato, constitui o *cyberstalking* um meio de violência doméstica psicológica. O que levou a esta conclusão foi, principalmente, a análise dos elementos constitutivos dos dois objetos do estudo, juntamente com as consequências experimentadas pelas vítimas em ambos os casos.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica; *cyberstalking*; violência psicológica; perseguição; direito comparado

ABSTRACT

This scientific article intends to answer the following question: how much do the practices of virtual persecution, also known as *cyberstalking*, in the ambit of intimate relationships, fit to the concept of domestic violence? In this context, the following conjecture was made: the *cyberstalking* practices consist on a new form of psychological violence. Passing through the context of edition of the Brazilian Domestic Violence Law and the concepts of psychological violence and *cyberstalking*, in addition to carrying out a comparative law study and an exam

of the called virtual rape, the conclusion achieved was that, indeed, cyberstalking constitutes a form of psychological domestic violence. What took to this conclusion was, mostly, the analysis of the constitutive elements of the two objects of this study, associated to the consequences experienced by the victims in both cases.

KEYWORDS: Domestic Violence; cyberstalking; psychological violence; stalk; comparative law

INTRODUÇÃO

Os dois temas centrais que serão explorados neste trabalho de conclusão de curso são o *cyberstalking*, prática atualmente não prevista na legislação pátria, seja na seara penal, seja na civil, e a violência doméstica, que, por seu turno, já conta com uma Lei específica a seu respeito. A relação entre esses dois elementos será explicitada quando da exposição do problema e da hipótese.

O objetivo deste artigo científico, nesse contexto, é discutir em que medida as práticas de *cyberstalking*, isto é, a perseguição por meios virtuais, no âmbito das relações íntimas, se enquadram como violência doméstica, e mais especificamente na modalidade violência psicológica, que elenca a perseguição como uma de suas formas de manifestação. Assim, conjectura-se que há uma identidade entre os dois objetos, *cyberstalking* e violência doméstica.

Evidente é a atualidade e a relevância do tema, uma vez que a ampla exposição de informações pessoais pelos meios virtuais facilita a prática de condutas persecutórias. Essa facilidade se traduz numa verdadeira vulnerabilidade, principalmente considerando que não há qualquer criminalização direcionada especificamente a esta modalidade de perseguição.

Ressalte-se, ainda, que este é um assunto pouco explorado pela doutrina jurídica brasileira, bem como que a ausência de produção acadêmica acerca da temática ora tratada não pode significar tolerância com a prática. Cuida-se, portanto, de uma discussão de importância jurídica e social, haja vista constituir um fenômeno eminentemente sociológico com repercussões sobre o mundo do Direito.

Para responder ao problema, serão explorados principalmente os conceitos de violência doméstica, violência psicológica e de *cyberstalking*, elementos centrais do questionamento ora aventado. A problemática traçada é estudada pelo método de abordagem dogmático, uma vez que já há um arcabouço normativo sobre os objetos do problema,

nacional, no caso a violência doméstica, e internacional, no caso do *cyberstalking*. A coleta de dados foi bibliográfica, por meio de livros, artigos científicos sobre o tema e afins.

Inicialmente, o trabalho se debruçará sobre a definição de violência doméstica e violência psicológica, dentro do contexto das relações íntimas, explicando pormenorizadamente suas formas de expressão. Também será estudado o contexto de criação da Lei 11.340/06, com atenção especial à responsabilização do Estado Brasileiro no caso de Maria da Penha Fernandes. A esta temática é que se dedicará o primeiro item do trabalho.

Dando prosseguimento, é explorado o conceito de *cyberstalking*, explicando como ele ocorre na prática e exemplificando seus meios. Foi necessário, ainda, diferenciar a perseguição real da virtual, já que estas podem ou não ser praticadas conjuntamente. Em seguida, é traçado um estudo comparado, analisando-se a legislação federal e estadual dos Estados Unidos da América sobre a temática *cyberstalking*, expondo os critérios legais e possíveis críticas. Este é o núcleo explorado no segundo item.

Na última parte deste trabalho de conclusão de curso, antes de tratar da relação dos dois elementos centrais do estudo, violência doméstica e *cyberstalking*, proceder-se-á a uma análise do episódio recentemente noticiado de estupro virtual. O interesse pelo caso se justifica pela correlação com os objetos centrais examinados, já que o episódio envolve um ato de violência perpetrado com a utilização de meios eletrônicos.

Por fim, é feita uma subsunção dos conceitos explorados no segundo item, isto é, das práticas de *cyberstalking*, em relação aos conceitos de violência doméstica primeiramente abordados, a fim de verificar se há, de fato, a identificação entre estes dois elementos. Estas duas partes serão o centro do terceiro item do trabalho, e de onde se permitirá chegar à conclusão.

1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO

Esta primeira seção do trabalho visa explorar o contexto de criação da Lei 11.340/06, tratando da responsabilização por omissão do Estado Brasileiro no caso de Maria da Penha Fernandes e a consequente mora em que incorreu o Poder Legislativo. Além do âmbito de aplicação da referida Lei, há o posterior estudo acerca da violência doméstica propriamente dita, voltado à sua modalidade psicológica.

1.1 O contexto de criação da Lei 11.340/06

Inicialmente, é necessário fazer uma digressão para se esclarecer o contexto de edição da Lei 11.340/06³⁷⁶, mais conhecida como Lei Maria da Penha ou Lei de Violência Doméstica. Surgiu a fim de cumprir com a previsão contida no art. 226, §8º da Constituição Federal³⁷⁷, de criação de mecanismos para coibir a violência contra as mulheres no âmbito das relações familiares.

Além dessa previsão constitucional, a norma foi editada a fim de cumprir com as disposições contidas na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e também na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Sua edição, no entanto, não ocorreu antes da efetiva responsabilização do Estado brasileiro por omissão no caso de Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativa de homicídio pelo próprio marido no ano de 1983, evento que a deixou paraplégica e somente foi julgado pela justiça brasileira depois de decorrido um longo período de 15 (quinze) anos³⁷⁸.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA – considerou o Estado omissor pelo não cumprimento do Art. 7º da Convenção de Belém do Pará e dos art. 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, recomendando, dentre outras medidas, a implementação de um procedimento judicial mais célere e eficiente no trato da questão.

A condenação do Estado Brasileiro por parte da Comissão, como se verifica da análise do relatório exarado sobre o caso, implicou na obrigação de tomada de medidas legislativas, principalmente por não se tratar, exatamente, de um caso isolado:

Dado que essa violação contra Maria da Penha é parte de um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e condenar os agressores, a Comissão considera que não só é violada a obrigação de processar e condenar, como também a de prevenir essas práticas degradantes. Essa falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica, não

³⁷⁶ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

³⁷⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

³⁷⁸ GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e de procedimento penal**. Salvador: JusPodium, 2009. Página 14.

havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade, para punir esses atos.³⁷⁹

A prática reiterada – o costume – de tratar com descaso as vítimas de violência doméstica é que caracterizou a absoluta inércia do Estado no cumprimento dos dispositivos contidos nos tratados dos quais o Brasil é signatário.

Segundo Isaac Sabbá Guimarães³⁸⁰, essa inércia do Estado em concretizar o disposto nas convenções mencionadas demonstra, então, que não era dada a devida importância aos compromissos previamente assumidos, relegando os direitos humanos à condição de “dever ser”, sem que houvesse qualquer substantivação e sem dar concreção à ideia de Estado de direito democrático.

Sendo assim, impende tratar dos dispositivos avocados pelo relatório como ensejadores da responsabilização do Estado brasileiro. Quanto a Convenção de Belém do Pará, seu art. 7º dispõe que os Estados que se vincularam têm o dever de condenar todas as formas de violência contra a mulher e adotar políticas eficazes e céleres para prevenir, punir e erradicar a violência. Para além de vedar aos Estados a prática de violência, estabelece a obrigação de adoção de uma postura ativa para o enfrentamento da questão³⁸¹.

Os dispositivos mais relevantes preveem que o Estado incorporará em sua legislação, nas mais diversas áreas do direito, e não apenas na seara penal e processual penal, normas que visem coibir a violência contra a mulher. Leis, regulamentos e costumes que endossassem as práticas de violência deveriam ser abolidos, ao passo que mecanismos e procedimentos judiciais seriam criados para tratar do problema.

Com relação à Convenção Americana de Direitos Humanos³⁸², em seu art. 1º, há a previsão de que ninguém será discriminado em razão de sexo ou qualquer outra condição social. O art. 8º, por seu turno, é aplicável ao caso da violência doméstica ao tratar, para além de garantias processuais dos acusados em geral, da temática de acesso à justiça, mormente no

³⁷⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório n.º 54/01, do caso 12.051, de Maria da Penha Maia Fernandes**, de 4 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2017. Página 13.

³⁸⁰ GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e de procedimento penal**. Salvador: JusPodium, 2009. Página 17.

³⁸¹ BRASIL. Decreto n.º 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>>. Acesso em 9 de outubro de 2017.

³⁸² BRASIL. Anexo do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> E <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 9 de outubro de 2017.

item 1, garantindo que uma eventual vítima seja ouvida pelo juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, para que lhe sejam determinados seus direitos.

Já o art. 25 da referida Convenção garante a possibilidade de a vítima recorrer ao Poder Judiciário para obter proteção contra atos que violem seus direitos fundamentais legal ou constitucionalmente reconhecidos, independentemente de quem perpetra os atos de transgressão, ou se atua no exercício de funções oficiais ou não. Trata-se, aí, de uma proteção mais abrangente.

Estas convenções, juntamente com outras também gestadas durante conferências internacionais realizadas no curso do último século, estabeleceram verdadeiros marcos legais para a efetiva proteção dos direitos humanos mínimos para qualquer pessoa³⁸³. A proteção voltada à mulher foi um dos espectros dos direitos humanos que passou a ter reconhecimento.

Se no caso da vítima Maria da Penha Fernandes, estopim da responsabilização do Estado Brasileiro e posterior edição da Lei 11.340/06, as garantias previstas nas Convenções e também na Constituição tivessem tido a eficácia prática pretendida, havia alguma possibilidade de os fatos terem se desenvolvido de maneira muito distinta e com consequências menos gravosas.

E há uma circunstância específica que além de desestimular que a vítima recorra ao judiciário, pode acabar implicando na ineficácia de qualquer atitude tomada. Como comenta Valéria Pandjarian³⁸⁴, as vítimas se sentem julgadas, sem que, no entanto, se faça qualquer abordagem moral acerca da vida do agressor, com absoluto respeito e tolerância à sexualidade masculina. E é exatamente esse aspecto que todos esses dispositivos visam coibir.

Nesse contexto é que se deu a criação da Lei 11.340, em 7 de agosto de 2006, com o propósito de cumprir com as obrigações inseridas na Constituição e nas Convenções Internacionais que visavam coibir a violência doméstica. Nesse mesmo sentido surgiram normas de proteção em favor – além das mulheres – da criança e do adolescente, bem como da pessoa idosa, sempre no âmbito doméstico³⁸⁵.

Essas normas, portanto, servem para combater a violência perpetrada contra a mulher e, em última instância, combater a objetificação e promover a saída da mulher do âmbito

³⁸³ CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: Reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. 14 (6). Ed. Nov-Dez 2006.

³⁸⁴ PANDJIARJIAN, Valéria. **Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação**. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/genero-e-poder-judiciario/os_estereotipos_degenero_no.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2017. Página 13.

³⁸⁵ GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e de procedimento penal**. Salvador: JusPodium, 2009. Página 22.

privado para o âmbito público. Essa dificuldade se deve, em grande medida, às desigualdades sociais vivenciadas pelas mulheres em relação aos homens, sendo os papéis tipicamente atribuídos às mulheres desprezados e os tipicamente associados aos homens, exaltados e considerados valiosos³⁸⁶, como alude Leticia Casique.

A violência doméstica, antes de ser o cerne desta questão tão complexa, pode ser considerada mesmo um sintoma dessa desigualdade sofrida pela mulher em sociedades eminentemente patriarcais³⁸⁷. Situação que a coloca em posição de inferioridade e cerceia suas liberdades, devendo receber, por parte do Estado, o devido cuidado e diligência.

Isso porque, segundo Lilia Schraiber, toda a sorte de abusos sofridos pelas mulheres no cotidiano, consistentes em agressões físicas e maus tratos psicológicos, são reflexos, resquícios de uma cultura que, sob o pretexto de socializar e educar, sempre se valeu de castigos e punições corporais, para além de apelar para a humilhação e a desqualificação moral³⁸⁸. E este era o cenário que a edição da lei visava combater.

Por fim, o que se busca ressaltar com essa seção do trabalho é que o Estado Brasileiro estava em mora com as Convenções das quais era signatário, e também com relação à sua própria Constituição Federal, que já previa, antes de tudo, a erradicação deste tipo de violência. A atividade legislativa somente se iniciou de maneira impositiva, ou seja, após a responsabilização do Estado brasileiro, e com uma considerável carga de pressão social.

1.2 O âmbito de aplicação da Lei 11.340/06 e considerações jurisprudenciais

Antes de se proceder ao estudo conceitual do objeto violência doméstica, necessário esmiuçar o âmbito a que são aplicáveis as normas, que é o das relações íntimas, bem como o das relações familiares e no espaço doméstico. Serão discriminadas as três hipóteses, mas o foco deste trabalho, ressalte-se, é o das relações íntimas.

Assim, primeiramente cumpre trazer o conceito de relação íntima de afeto, que é compreendida como a relação conjugal, isto é, aquela com características maritais e com a intenção de constituírem os dois parceiros um casal. Estas relações, que, ademais, prescindem

³⁸⁶ CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: Reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. 14 (6). Ed. Nov-Dez 2006. Página 2.

³⁸⁷ CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: Reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. 14 (6). Ed. Nov-Dez 2006.

³⁸⁸ SCHRAIBER, Lilia; D'OLIVEIRA, Ana Flávia; HANADA, Heloísa. Violência vivida: a dor que não tem nome. **Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação**. Vol. 7, N.º 12, P. 41-54, 2003. Página 42.

da coabitação para se configurarem, é que ensejam a aplicação da Lei de Violência Doméstica, constituindo o foco do presente trabalho.

Com relação ao outro tipo de relação aplicável, qual seja, a familiar, o conceito legal é bastante eloquente, já que se tratam de uma “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”³⁸⁹. Basta, portanto, que os indivíduos reunidos se vejam como uma família, para que se permita a aplicação da Lei 11.340/06.

Por fim, a aplicação da Lei em comento se destina aos casos em que se verifica, tão somente, a prática de violência “no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”³⁹⁰. O mais interessante, aqui, é que é prescindível a existência de qualquer vínculo íntimo ou familiar.

Isso significa, por exemplo, que a Lei de Violência Doméstica também pode ser aplicada aos casos em que uma empregada doméstica é agredida, qualquer que seja a modalidade de violência. Isso por que a previsão legal dispensa a existência de vínculo familiar e contempla o caso das pessoas com quem se convive apenas esporadicamente, hipótese em que se enquadram as empregadas domésticas.

Ainda com relação ao âmbito de aplicação da Lei de Violência doméstica, convém tratar de uma questão relevante para o desenvolvimento de ação penal, que é a composição dos polos passivo e ativo no processo, considerando que há casos de agressões envolvendo relacionamentos homoafetivos entre mulheres, ou, ainda, entre transexuais.

É sabido que a Lei em questão se aplica a esses casos, uma vez que basta que o sujeito passivo da relação, ou seja, a vítima, seja uma mulher. Ocorre que a Lei, no parágrafo único de seu art. 5º, não faz qualquer reserva quanto à orientação sexual verificada na relação, bem como não restringe o sujeito ativo, isto é, o agressor, podendo se tratar, no caso concreto, tanto de um homem quanto de uma mulher.

Com relação às mulheres transexuais, aplica-se a mesma lógica, uma vez que a delimitação do sujeito passivo na relação de violência doméstica leva em consideração a

³⁸⁹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

³⁹⁰ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

identificação da vítima com o sexo feminino, como leciona Maria Berenice Dias³⁹¹. Não é necessário, pois, para a aplicação da Lei 11.340/06, que se trate de vítima nascida mulher, bastando que ela se repete como tal.

Esse posicionamento da norma, mais flexível ante os numerosos contextos em que a violência doméstica pode ocorrer, representa uma maior proteção em favor da vítima. Isso porque, não importando a circunstância fática, a mulher, vítima, terá seus direitos mais propriamente resguardados pela aplicação de uma lei especialmente construída para o seu caso.

Tendo esclarecido, portanto, o âmbito de aplicação da norma estudada, cumpre tecer algumas considerações acerca da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e seu entendimento em relação a alguns dispositivos que estão contidos na Lei de Violência Doméstica e que já foram alvos de questionamentos.

Assim, já foram propostas a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.424³⁹² e a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19³⁹³. As referidas Ações visavam, respectivamente, a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 12, inciso I, 16 e 41, e a declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 31, ambos da Lei de Violência Doméstica.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 4.424 foi julgada procedente para dar interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n.º 11.340/2006, consolidando o entendimento de que todos os crimes de lesão corporal perpetrados no ambiente doméstico, ainda que de natureza leve, se processam mediante ação penal pública incondicionada.

Com relação ao julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19, também julgada procedente, ratificou-se, dentre outros, a constitucionalidade do tratamento

³⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. p.41 apud SALEH, Sheila Martignago; SOUZA, Juliana Machado de. **MEDIDAS PROTETIVAS CÍVEIS DA LEI 11.340/06 E SUA APRECIÇÃO JUDICIAL. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.424. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19. Requerente: Advogado-Geral da União. Interessados: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e outros. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

diferenciado entre os gêneros presente na Lei de Violência Doméstica – reconhecendo a situação de vulnerabilidade em que vive a mulher na cultura brasileira. Além disso, confirmou-se a não admissão da aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes abarcados pela Lei, por se tratar de um mecanismo que coíbe a violência no âmbito das relações familiares.

Com relação à Lei 9.099/95, não são aplicáveis as medidas despenalizadoras contidas na norma, tais como a suspensão condicional do processo, o acordo civil e a transação penal. Ocorre, no caso, como ensina Lênio Luiz Streck, que um crime cometido com violência à mulher simplesmente não pode mais ser considerado como uma infração de menor potencial ofensivo:

Em outras palavras: não se pode ignorar a razão pela qual a Lei Maria da Penha foi criada, de modo que qualquer violência contra a mulher não pode mais ser considerada de “menor potencial ofensivo”, visto que esta interpretação seria discordante com as próprias motivações que tornaram necessário o advento de um diploma legal que tratasse especificamente do assunto, bem como dos princípios e das diretrizes expressamente elencados em suas disposições preliminares e gerais (Títulos I e II).³⁹⁴

É um entendimento que deriva das próprias circunstâncias que permearam a criação da norma em questão. Com relação ao processamento dos crimes de lesão corporal mediante ação penal pública incondicionada, aplica-se o mesmo pensamento, pois em consonância com os objetivos que ensejaram a edição da Lei de Violência Doméstica.

Uma vez que o âmbito de aplicação da Lei 11.340/06 foi devidamente abordado, explicitando-se as relações que provocam a sua incidência, perpassando pela composição dos polos ativo e passivo da ação penal, além de serem explorados os questionamentos acerca da constitucionalidade da norma, será possível prosseguir para a próxima subseção do trabalho, tratando da violência doméstica.

1.3 O conceito de violência doméstica e psicológica

O art. 5º da Lei 11.340/06 define a violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento

³⁹⁴ STRECK, Lênio Luiz. A Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. CAMPOS, Carmen Hein (Org.). **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Página 96.

físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”³⁹⁵. Desse conceito, deve-se destacar a seção que diz respeito ao sofrimento psicológico como uma forma reconhecida de violência doméstica.

Ressalte-se que a Lei em comento foi pioneira ao fazer tal conceituação, posto que dispositivos anteriores tratavam da questão de maneira mais subliminar, passando, por exemplo, pela criação de tipos penais, mas sem chegar a explicar como a violência se manifestaria no caso concreto³⁹⁶. Dessa delimitação conceitual traçada pela própria Lei sobressai a interpretação do fenômeno violência doméstica enquanto violência de gênero.

A violência de gênero, então, é definida por Casique como aquela cometida por homens e que tem por vítima a mulher, estando o gênero do agressor e da vítima ligados à motivação da prática, sendo oriunda de uma verdadeira relação de domínio dos homens sobre as mulheres e existindo simplesmente em função de a vítima possuir a característica de feminilidade³⁹⁷.

Dentro do contexto de violência doméstica, cabe mencionar o conceito que a Lei dispensa à violência psicológica, que é a base deste trabalho:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.³⁹⁸

As práticas de violência psicológica que são mais relevantes ao desenvolvimento do trabalho são justamente as condutas que visem controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões da vítima, principalmente mediante isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz e limitação do direito de ir e vir, provocando-lhe dano emocional.

³⁹⁵ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

³⁹⁶ GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e de procedimento penal**. Salvador: JusPodium, 2009. Página 33.

³⁹⁷ CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: Reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. 14 (6). Ed. Nov-Dez 2006. Página 2.

³⁹⁸ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

Essas condutas caracterizadas como violência psicológica, quando são mais voltadas a este núcleo, perseguição, geralmente culminam no isolamento da vítima, consistente no controle abusivo de sua vida por meio da vigilância de seus atos e movimentos, escuta de suas conversações, bem como o impedimento de cultivar amizades³⁹⁹. Dessa maneira, as consequências da violência psicológica transcendem o âmbito das relações íntimas, com implicações de nível social.

Frise-se, ainda, que esta modalidade de violência doméstica possui um fator complicador particular. Como comentam as autoras Silva, Coelho e Caponi⁴⁰⁰, sua prática pode não ser identificada pela própria vítima, principalmente com a ocorrência concomitante de problemas na vida íntima do casal, tais como o alcoolismo, perda de emprego, problemas com os filhos e afins.

Nesse sentido, inclusive, há de se ressaltar que, como aponta Maria Aparecida Penso, em uma proporção considerável dos casos, o agressor encontrava-se sob efeito de alguma droga, estando o álcool no topo de incidência⁴⁰¹. É evidente, portanto, que existe uma relação entre a violência doméstica e familiar e esses componentes, que podem mascarar a sua ocorrência.

Para além do prejuízo psicológico, convém enfatizar que este tipo de violência pode preceder a violência física propriamente dita, já que, como ensina Joana Aguiar Patrício, “os atos de perseguição, violência sexual e abuso emocional por um parceiro íntimo encontram-se positivamente relacionados com a probabilidade de a vítima experimentar violência física por um parceiro íntimo”⁴⁰².

E, não obstante, parece razoável concluir que as situações de violência vivenciadas diariamente pelas vítimas não se iniciaram em níveis extremos. A violência psicológica opera justamente rearranjando as relações para que a violência física posteriormente se instale, controlando suas ações, comportamentos, crenças e decisões. Essa situação de isolamento e impotência é bastante propícia para a prática de violência.

³⁹⁹ CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: Reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. 14 (6). Ed. Nov-Dez 2006. Página 4.

⁴⁰⁰ SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurulho de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação**. Vol. 11, N. ° 21. Florianópolis: Jan/Abr 2007. Página 97.

⁴⁰¹ PENSO, Maria Aparecida. As Complexas Relações entre Alcool, Drogas e Violência Intrafamiliar. LIMA, Fausto Rodrigues (Coord.); SANTOS, Claudiene (Coord.). **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Página 245.

⁴⁰² PATRÍCIO, Joana Aguiar. **Violência contra as mulheres: processos e contextos de vitimização**. Fórum Sociológico, Série II, Número 25. 2014. Página 4.

A um ato de violência física repentina, pode não ser tão difícil para que a vítima simplesmente rompa o relacionamento abusivo. Mas se a violência se inicia no âmbito psicológico e continua de maneira crescente, a mulher vai ficando mais e mais aprisionada e, por fim, terá muito menos chances de reagir propriamente a uma agressão, uma vez colocada nesta posição de inferioridade.

Leticia Casique e Antonia Regina Ferreira Furegato corroboram este pensamento sobre a violência psicológica, que por vezes não é percebida e pode inclusive ser subestimada:

É importante destacar que as vítimas de violência psicológica, muitas vezes, pensam que o que lhes acontece não é suficientemente grave e importante para decidir-se por atitudes que possam impedir esses atos, incluindo denunciá-los aos órgãos competentes. Algumas vítimas acreditam que não teriam crédito, caso denunciassem seu agressor. Em outros casos, alguém que a mulher respeita lhe diz que deve permanecer nessa relação abusiva pelo bem de seus filhos ou para garantir os direitos adquiridos através do casamento.⁴⁰³

Assim, considerando as premissas de que a violência psicológica costuma preceder a violência física propriamente dita e que a violência psicológica, por ser pouco percebida, acaba por ser tolerada pela vítima, não há como chegar a qualquer outra conclusão que não a admissão que as práticas são extremamente perigosas a quem vivencia tais fatos no cotidiano.

Ademais, importante ressaltar que, apesar de ser uma característica marcante da violência psicológica, essa inconsciência por parte da vítima de que vem sofrido abusos se aplica às demais modalidades de violência. Tanto é assim, que apenas uma pequena parcela das mulheres reporta que viveu violência, mesmo assumindo já haver sofrido agressões físicas ou abusos de ordem sexual ou psicológica, como enfatiza Lilia Schraiber⁴⁰⁴.

Incumbe tratar, ainda, dos índices de incidência de cada um dos tipos de violência doméstica sofridos pelas mulheres. Em estudo⁴⁰⁵ realizado numa unidade básica de saúde em Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2005, dados muito relevantes foram colhidos. Verificou-se, dentre outros fatos, que há uma predominância da violência psicológica sobre todas as outras modalidades. 55% (cinquenta e cinco por cento) do total das mulheres pesquisadas reportaram episódios deste tipo de violência.

⁴⁰³ CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: Reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. 14 (6). Ed. Nov-Dez 2006. Página 4.

⁴⁰⁴ SCHRAIBER, Lilia; D'OLIVEIRA, Ana Flávia; HANADA, Heloísa. Violência vivida: a dor que não tem nome. **Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação**. Vol. 7, N.º 12, P. 41-54, 2003. Página 50.

⁴⁰⁵ KRONBAUER, José Fernando Dresch; MENEGHEL, Stela Nazareth. Perfil da violência de gênero perpetrada por companheiro. **Revista de Saúde Pública**, vol. 39, núm. 5, outubro, 2005, pp. 595-701 Universidade de São Paulo São Paulo, Brasil.

A violência física vem em segundo lugar, com 38% (trinta e oito por cento) de prevalência, com relatos de tapas, empurrões, socos, chutes, surras, estrangulamento e até mesmo agressão com o uso de arma de fogo. Com relação à violência sexual, modalidade que compreende a prática forçada de relações sexuais humilhantes e estupro, chegou-se ao índice de 9% (nove por cento).

O que esses números demonstram é que a violência psicológica tem uma taxa de incidência muito alta, razão pela qual não pode ser ignorada, e tampouco subestimada. Ela definitivamente existe, provoca enormes prejuízos à vítima e não pode ser tolerada, cabendo ao Estado atuar ativamente no sentido de acabar com essas práticas lesivas às mulheres e à sociedade como um todo.

Esclarecidas, portanto, todas as questões que permeiam o elemento violência doméstica, desde o contexto de criação da Lei, passando pelos seus conceitos, indo até os sujeitos da ação penal, o próximo passo, antes de se resolver a questão problema do trabalho, é explorar o elemento *cyberstalking* e todas as suas peculiaridades.

2 CYBERSTALKING

Esta parte do trabalho de conclusão de curso tratará especificamente do núcleo *cyberstalking*, isto é, a perseguição por meios virtuais, primeiramente cuidando de sua conceituação, em seguida procedendo a um estudo comparado acerca da disciplina legal dessas práticas em outra localidade, tendo em vista a ausência de legislação específica no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 O conceito de *cyberstalking* e suas manifestações concretas

A palavra *stalk* significa, grosso modo, o ato de aproximar-se silenciosamente (da caça) ou atacar à espreita⁴⁰⁶. O *stalker*, e nesse contexto é aquele que pratica o ato, que se torna o caçador à espreita. A palavra “*cyber*”, por seu turno, é o diminutivo da palavra *cybernetic*, que em português significa alguma coisa ou algum local que possui uma grande concentração de tecnologia avançada, em especial computadores, internet etc.⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Michaelis: **Moderno Dicionário Inglês-Português, Português-Inglês**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000. Página 621.

⁴⁰⁷ CYBER. In: DICIONÁRIO Significados. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/cyber/>>. Acesso em: 11 de junho de 2017.

A associação dos dois termos, formando o chamado *cyberstalking*, trata do uso de meios virtuais para perseguir e assediar uma pessoa ou grupo, mormente com a prática de vigilância, que é o núcleo deste trabalho. A expressão é definida por Robert D'Ovidio e James Doyle⁴⁰⁸ como o reiterado uso de ferramentas como a internet, o e-mail ou dispositivos tecnológicos de comunicação semelhantes para incomodar, assustar ou ameaçar um indivíduo específico ou um grupo de indivíduos.

Este termo, portanto, pode ser utilizado para descrever comportamentos que envolvam, cumulativamente, a prática sistemática de assédio e/ou ameaça, por meio de correio eletrônico ou outro meio tecnológico, que deixariam uma pessoa média com medo ou preocupada com sua própria segurança⁴⁰⁹. Além disso, para que se configure o *cyberstalking*, devem estar presentes, dentre outras características, elementos como a malícia, a premeditação e a repetição⁴¹⁰.

A *cyberstalking*, ademais, pode ser encarado sob duas perspectivas: como uma extensão da perseguição real, isto é, apenas a utilização dos meios eletrônicos para continuar com a consumação das práticas, ou como uma forma autônoma e distinta de atividade criminal, com diferenças para além dos métodos de execução⁴¹¹. Seja lá como se encare a questão, o que não pode ocorrer é a diminuição da percepção de sua seriedade, que remanesce em ambos os casos.

A associação do *cyberstalking* com a perseguição real é inevitável, assim, cumpre trazer diferenças entre essas duas práticas. Primeiramente, como colocado por Moriarty e Parsons-Pollard⁴¹², os dois diferem quanto à aceitação pública de sua própria existência, posto que na perseguição virtual, muito se questiona sobre sua ocorrência ou, ainda, sobre o que ela realmente constitui, ainda havendo divergência.

Inclusive um estudo sobre a comparação de percepção entre a perseguição física e a virtual⁴¹³ demonstrou que estudantes universitárias tiveram dificuldades para identificar determinados comportamentos como persecutórios quando o agressor e a vítima tiveram uma

⁴⁰⁸ D'OVIDIO, Robert; DOYLE, James. A Study On Cyberstalking: Understanding Investigative Hurdles. **FBI Law Enforcement Bulletin**. Vol. 72, N.º 3, Ed. março 2003. Página 10.

⁴⁰⁹ SOUTHWORTH, Cynthia; FINN, Jerry; DAWSON, Shawndell. Intimate Partner Violence, Technology, and Stalking. **Violence Against Women**, Vol.13, N.º 8, Sage Publications, 2007. Página 843.

⁴¹⁰ SPITZBERG, Brian H; HOOBLER, Gregory. Cyberstalking and the technologies of interpersonal terrorism. **New Media & Society**. Vol 4(1). London: 2002. Página 71.

⁴¹¹ MORIARTY, Laura J.; PARSONS-POLLARD, Nicolle. **Controversies in Victimology**. 2ª Ed. New York: Routledge, 2015. Página 103.

⁴¹² Ibidem.

⁴¹³ Ibidem. Página 105-106.

relação romântica prévia. A perseguição era muito mais facilmente percebida pelas estudantes quando colocados na equação completos estranhos.

Registre-se, ainda, que a perseguição virtual, assim como a real, pode provocar efeitos em suas vítimas não apenas psicológicos, mas também físicos. Os mais comuns são mudanças nos padrões alimentares e de sono, ademais dos psicológicos, como pesadelos, hipervigilância, ansiedade, sensação de desamparo, medo por sua própria segurança, choque e descrença⁴¹⁴.

Além de poder passar despercebida e, quando notada, ser menosprezada, a perseguição por meios virtuais apresenta complicadores apontados por Louise Ellison⁴¹⁵. O primeiro deles é a ferramenta do anonimato, que quando utilizada, dificulta enormemente a persecução criminal do agressor. Há, ainda, a possibilidade de a perseguição se dar no âmbito internacional, isto é, perseguidor e vítima se encontrarem em países distintos.

A primeira questão se dá por conta de a evolução tecnológica permitir a comunicação anônima, onde a identidade – que se tornou algo praticamente fluido – de um potencial perseguidor pode não ser revelada ou descoberta⁴¹⁶. O perseguidor pode até mesmo adotar uma nova identidade para si, bastando, por exemplo, que crie um outro endereço eletrônico e passe e a utilizá-lo com esta finalidade.

Já com relação à possibilidade de a vítima ser perseguida por alguém de um outro país, esta se deve ao fato de a internet ser uma ferramenta que ignora fronteiras e cria novas possibilidades para a prática de *cyberstalking*. O acesso fácil e barato à *internet* faz com que a distância deixe de ser um obstáculo, permitindo que um usuário persiga um outro do outro lado do mundo⁴¹⁷.

Não é que a *internet* seja um “espaço” sem lei, mas indiscutivelmente há dificuldades práticas em se aplicar uma norma de determinado país a pessoas que estão em lugares totalmente distintos e sob outra jurisdição – que, diga-se de passagem, pode nem mesmo prever qualquer tipo de criminalização específica para as práticas de perseguição, como é o caso do Brasil.

⁴¹⁴ Ibidem.

⁴¹⁵ ELLISON, Louise; AKDENIZ, Yaman. Cyber-stalking: the Regulation of Harassment on the Internet. **Criminal Law Review**, 1998 – December Special Edition: Crime, Criminal Justice and the Internet. Páginas 29-48.

⁴¹⁶ Ibidem. Página 8.

⁴¹⁷ ELLISON, Louise; AKDENIZ, Yaman. Cyber-stalking: the Regulation of Harassment on the Internet. **Criminal Law Review**, 1998 – December Special Edition: Crime, Criminal Justice and the Internet. Páginas 29-48.

Esses dois problemas apontados, apesar de nem sempre estarem presentes, já que a perseguição internacional evidentemente não ocorre tanto quando o anonimato, dificultam a detecção das práticas de perseguição e mais ainda a responsabilização dos agressores, em qualquer que seja a área do direito, isto é, penal ou civil.

Há de se ter em mente, ainda, que a prática de perseguição envolve a violação de um direito fundamental sensível e garantido constitucionalmente, que no caso é a privacidade. Enquanto limitador da liberdade de comunicação, constitui uma necessidade humana, sendo que “estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios”⁴¹⁸.

Tendo em vista, portanto, que o *cyberstalking* consiste num comportamento intrusivo do perseguidor sobre a vida da vítima, é evidente que se tem por violado seu direito fundamental à privacidade. E mesmo que o problema do trabalho aborde a perseguição no âmbito das relações íntimas, a garantia ainda tem seu valor, pois, como leciona Gilmar Ferreira Mendes, “mesmo um núcleo de privacidade de cada cônjuge em relação ao outro se mostra útil à higidez da vida em comum”⁴¹⁹.

Assim, pensando-se em todas as dificuldades que permeiam tanto a detecção da perseguição propriamente dita, quanto a persecução penal visando a sua cessação, devem ser pensadas alternativas não legais, ou seja, que não impliquem na utilização do aparelho estatal, para tentar combater os efeitos danosos que são sentidos pela vítima. As medidas tratadas a seguir foram elencadas por Louise Ellison justamente por sua efetividade.

A ferramenta mais importante certamente é a autoproteção por parte das vítimas potenciais no que concerne ao uso dos meios virtuais e à exposição de informações pessoais. Medidas como a adoção de nomes de usuário neutros com relação ao gênero, bem como a utilização de senhas sem significado pessoal e a divulgação do mínimo de informações sensíveis são altamente recomendadas⁴²⁰.

Outro instrumento de grande valia no combate ao *cyberstalking* sem se recorrer ao Poder Judiciário consiste na utilização de *softwares*, isto é, programas que permitam ao usuário controlar as informações que eles recebem, possibilitando, inclusive, o bloqueio de

⁴¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012. Página 408.

⁴¹⁹ Ibidem.

⁴²⁰ ELLISON, Louise; AKDENIZ, Yaman. Cyber-stalking: the Regulation of Harassment on the Internet. **Criminal Law Review**, 1998 – December Special Edition: Crime, Criminal Justice and the Internet. Páginas 29-48.

comunicações indesejadas⁴²¹. Isso é especialmente útil quando as práticas de perseguição já se iniciaram e não há mais como tomar medidas preventivas, mas somente repressivas.

Em suma, o que se buscou demonstrar nesta seção específica do trabalho foram os efeitos que as práticas persecutórias trazem consigo, explorando os fatores complicadores que envolvem sua detecção e combate, bem como possíveis formas de lidar, extrajudicialmente, com o assunto, de maneira tanto preventiva, como no caso da autoproteção, quanto repressiva, com o uso de *software* especialmente projetado para filtrar as comunicações.

Considerando-se a natureza das práticas de *cyberstalking*, é evidente que há lesividade nos seus efeitos sobre a vida pessoal da vítima. O próximo passo, portanto, é trazer esse conceito e esses efeitos ao âmbito das relações íntimas e contextualizá-lo com a definição legal de violência doméstica, que é o que será feito no item seguinte, logo após o estudo comparado que será realizado na próxima subseção.

2.2 Estudo comparado: Tratamento da prática em outros ordenamentos jurídicos

Inicialmente, para que se proceda ao estudo comparado acerca do tratamento das práticas de *cyberstalking* em outros ordenamentos jurídicos, cumpre explicitar as razões que ensejaram a escolha por um ordenamento e não por outro, ademais de expor a escolha propriamente dita.

Assim, foi escolhido o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, pois já há criminalização das práticas de *cyberstalking* tanto na esfera federal, quanto da esfera estadual. O país inclusive já conta com estas normas há vários anos e pode-se dizer que é um dos pioneiros no assunto, posto que o mesmo não se verifica quando da análise da legislação pátria.

A prática desse tipo de perseguição é marcante principalmente por ser percebida pela vítima como ameaçadora e potencialmente perigosa, mas considerando que os estados norte-americanos gozam de autonomia legislativa sobre a temática de direito penal, há uma multiplicidade de definições legais, o que acaba por enriquecer a discussão.

Apesar de existirem várias definições para o que se considera o *cyberstalking*, há elementos comuns: há um padrão de comportamento intrusivo sobre uma dada pessoa de maneira indesejada; há uma ameaça – implícita ou explícita – que se verifica desses padrões

⁴²¹ Ibidem.

comportamentais; tendo por consequência fazer com que a vítima fique com medo⁴²², como expõe Meloy.

De qualquer sorte, primeiro é imprescindível analisar a disciplina legal veiculada pela lei federal do país selecionado, mais precisamente no *United States Code*, em seu Título 47, referente às telecomunicações, Capítulo 5, que por seu turno diz respeito à comunicação por fio ou a rádio, no Subcapítulo II, §223. Há uma seção que trata das práticas persecutórias com a utilização dos meios tecnológicos, que é exatamente o que interessa a este trabalho.

Segundo o item “a” do referido parágrafo, é proibido, a qualquer pessoa, “fazer ligações telefônicas ou utilizar dispositivos de telecomunicação, seguidas ou não de conversação ou comunicação, sem revelar sua identidade e com a intenção de abusar, ameaçar ou assediar uma pessoa específica”⁴²³. Essas práticas são, portanto, defesas a qualquer pessoa, do que se permite concluir que a reserva também se estende a parceiros, no âmbito de relacionamentos íntimos.

Em alguma medida, podemos entender esta previsão específica como a tentativa de perseguição da vítima, uma vez que, para que se configure, prescinde da consequente e efetiva comunicação dos dois agentes. Não obstante, esta prática é igualmente intolerável, posto que a recusa da vítima poderia ser motivada exatamente pela insistência, situação que evidentemente perturba e assusta o receptor das tentativas de contato.

O próximo item de interesse é o que diz que é proibido, também, dar causa ou fazer com que o telefone de alguém toque contínua e repetidamente, justamente com o intuito de assediar a pessoa possuidora do número em questão. Os pontos que merecem maior ênfase dessa previsão são a continuidade e a repetitividade com que o perseguidor atua.

Por fim, outra prática de *cyberstalking* prevista nos dispositivos federais em comento consiste em fazer repetidas chamadas telefônicas ou iniciar, reiteradamente, comunicação com um instrumento de telecomunicação, do qual se segue a efetiva conversação das duas pessoas, tão somente com o desiderato de assediar a pessoa alvo das ligações.

Nesta hipótese, tem-se as práticas persecutórias por efetivamente consumadas, uma vez que das tentativas de contato se segue a comunicação propriamente dita, com a concretização do assédio da vítima. Esse nível de perseguição é o que merece o máximo grau

⁴²² MELOY, J. Reid. **The Psychology of Stalking: Clinical and Forensic Perspectives**. London: Academic Press, 2001. Página 2.

⁴²³ UNITED STATES OF AMERICA. *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title47-section223&num=0&edition=prelim>>. Acesso em 15 de outubro de 2017. Tradução nossa.

de reprovabilidade, uma vez que, como visto, esse assédio pode consistir também em uma ameaça.

Frise-se que a lei federal não chega a mencionar, até pelo período em que foi editada, a ferramenta *internet*, mas por ser suficientemente ampla, em todos os seus dispositivos tratando de ferramentas de telecomunicação de modo geral, acabou por se resguardar das evoluções tecnológicas sem que perdesse seu significado e sua aplicabilidade aos casos mais atuais.

Analizada a legislação federal acerca da temática perseguição por meio virtuais, cumpre explorar o tratamento legal das práticas no âmbito estadual. A legislação escolhida foi a do estado americano da Califórnia, uma vez que conta com um completo estatuto contra a perseguição de modo geral, incluindo quando praticada por meios virtuais, ademais de tratar-se de norma de natureza penal, portanto criminalizadora.

Pois bem, o Código Penal da Califórnia prevê, em seu art. 646.9⁴²⁴, que qualquer pessoa que, por vontade própria, maliciosa e repetidamente segue ou assedia alguém e que faz uma ameaça verossímil com a intenção de impingir na vítima razoável receio por sua segurança ou de sua família próxima, é culpada do crime de *stalking*.

A princípio, tem-se a perseguição por meio físicos, e não pelos meios virtuais. Porém a expressão verossímil, como a norma posteriormente explicita, abarca as práticas de perseguição por meio verbal ou escrito, incluindo aquelas praticadas mediante dispositivos eletrônicos de comunicação, ou ainda quando a ameaça for praticada com uma combinação destes meios.

Remanesce aqui o requisito de intenção de provocar medo, prescindindo, ademais, de haver a real intenção de concretizar as ameaças. Ou seja, para que o crime de perseguição seja consumado, basta que a vítima sinta que sua segurança corre perigo, não se aguardando que as ameaças se cumpram para que o aparelho estatal possa ser acionado.

Por fim, com relação à utilização de meios eletrônicos para a consumação do crime de perseguição, a lei menciona as ferramentas utilizadas que ensejam a sua aplicação. Assim, o termo dispositivos eletrônicos de comunicação inclui, mas não se limita a, telefones, telefones celulares, computadores, gravadores de vídeo, máquinas de fax ou *paggers*.

O fato de a lei possuir um rol exemplificativo, em detrimento de um taxativo, de meios eletrônicos que provocam a sua incidência é medida que resguarda a sua eficácia dos avanços

⁴²⁴ UNITED STATES OF AMERICA. California Penal Code. Disponível em: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=15.&part=1.&chapter=2.&article=>>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

tecnológicos. Trata-se do mesmo efeito obtido pela lei federal ao se valer de dispositivos genéricos para tratar do assunto.

De ambos os conceitos legais, a parte mais relevante a ser destacada é a condição em que o perseguidor deixa sua vítima. A pessoa alvo de perseguição fica com medo das atitudes do agressor e teme por sua segurança ou mesmo pela segurança de sua família. Assim, constitui o medo um dos elementos objetivos para a adequação dos fatos às normas penais.

Os conceitos legais, no entanto, são alvos de críticas justamente pela sua generalidade, e também pelo requisito de provocar medo. Lambers Royakkers defende que o aspecto mais importante do *cyberstalking* é, na verdade, a repetitiva e indesejada intrusão na vida de uma pessoa, prescindindo de qualquer tipo de ameaça e de intenção específica⁴²⁵. Sob essa perspectiva, a perseguição seria muito mais como uma forma de ataque mental e psicológico.

Com relação a esta primeira crítica, qual seja, de em alguma medida a lei ser imprecisa, é necessário interpretar este pensamento com reservas. De fato, admite-se que as leis tratadas neste item do trabalho realmente são bastante amplas em suas prescrições, mas isso dificilmente constitui um defeito. Trata-se, em verdade, de uma vantagem, levando em consideração que os tipos mais abertos terminam por deixar as legislações mais flexíveis.

Ocorre que a tecnologia atual e vindoura torna os meios de comunicação extremamente mutáveis, e as ferramentas utilizadas no presente poderão ser até mesmo descartadas, abrindo espaço para que outras assumam. Essa mudança abrupta poderia implicar na inaplicabilidade da lei. Como já exposto anteriormente, a maior abertura da lei serve para preservar sua eficácia ante mudanças que muito certamente ocorrerão.

Há que se fazer uma concessão à segunda crítica, uma vez que bastante razoável. Ora, poderia ser que uma determinada vítima não tivesse ciência de que estivesse sendo perseguida, o que não configuraria, portanto, a ameaça verossímil. E seria possível negar, nesse contexto, que as práticas de *cyberstalking* definitivamente ocorreram? É evidente que não, e, não obstante, dificilmente se poderia sustentar que sim, justamente pela ausência do elemento objetivo medo.

Em suma, o que se buscou demonstrar nesta seção do trabalho é que as práticas de *cyberstalking* são verdadeiramente reconhecidas em outras localidades e que, por esta razão, não podem ser ignoradas e, tampouco, tomadas por inexistentes. Elas já recebem o devido tratamento jurídico justamente por provocarem efeitos danosos nas vidas das vítimas.

⁴²⁵ ROYAKKERS, Lambers. The Dutch Approach to Stalking Laws. **California Criminal Law Review**. Issue 1. Article 2. Vol. 3: October, 2000. Página 11.

A inexistência de qualquer tipo de legislação específica no ordenamento jurídico pátrio não pode significar, de nenhuma maneira, que as práticas de *cyberstalking* são toleradas e que os agressores gozam de imunidade. As vítimas sofrem e devem ser seus direitos e garantias preservados, como já ocorre na legislação estudada na comparação.

3 RELAÇÃO ENTRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E CYBERSTALKING

Tendo sido explorados os dois objetos centrais do trabalho, quais sejam, a violência doméstica e o *cyberstalking*, será possível correlacioná-los. Primeiramente serão analisados o chamado estupro virtual e as modificações legislativas pertinentes, a fim de se verificar os efeitos provocados pelo uso da tecnologia na configuração de crimes, em seguida será feita a subsunção do *cyberstalking* ao conceito violência doméstica estudado.

3.1 Análise do chamado estupro virtual

Sendo assim, convém tratar no presente trabalho de conclusão de curso da decisão recente que indica a possibilidade de se processar o crime de estupro cometido na modalidade virtual. A relação deste caso⁴²⁶ em particular com o tema traçado é clara, uma vez que envolve os elementos centrais do questionamento levantado, quais sejam, a prática de violência contra a mulher e a utilização de ferramentas virtuais para tal.

Foi amplamente divulgado⁴²⁷, recentemente, que o juiz de direito Dr. Luiz de Moura Correia, responsável pela Central de Inquéritos de Teresina/PI, determinou que a Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática iniciasse, há alguns meses, investigação acerca da suposta prática do crime de estupro virtual. Buscava-se esclarecer as circunstâncias em que teriam se desenvolvido os fatos noticiados, para além da autoria do delito.

Na averiguação, apurou-se que o investigado se utilizava de um perfil falso na rede social *Facebook*, para então contatar a vítima e ameaçá-la com a exibição de suas imagens íntimas. Em seguida exigia o envio de novas fotografias na mesma condição. O ápice da

⁴²⁶ Considerando que o processo tramita sob sigilo de justiça e que, por esta razão, não foi possível ter acesso aos documentos e decisões que o compõem, a análise compreenderá as notícias recentemente vinculadas tratando do episódio.

⁴²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. Primeira prisão por estupro virtual no Brasil é decretada no Piauí. Notícia disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias/primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil-e-decretada-no-piaui/>>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

conduta foi quando o investigado exigiu fotografias da vítima introduzindo objetos em sua vagina e/ou se masturbando.

Uma vez que os fatos foram confirmados na investigação, indicando a materialidade, o juiz responsável determinou que a rede social fornecesse os dados sobre o usuário em questão e sobre o computador utilizado para a prática do crime. Ato contínuo, as informações foram repassadas e um suspeito foi identificado, tendo sido determinada a sua prisão preventiva.

A admissão da tipificação dos fatos como estupro, nas circunstâncias em que ocorreram, se deve às alterações normativas verificadas após o advento da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. O Código Penal atualmente considera estupro a prática de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”⁴²⁸.

A redação original do Código Penal Brasileiro, por seu turno, previa que o crime de estupro se consumava com a seguinte prática: “constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”⁴²⁹. Trata-se de um tipo penal de incidência muito mais limitada do que o que se encontra em vigência no presente, principalmente por duas razões.

A primeira é que o tipo penal condicionava a sua concretização ao enquadramento do sujeito passivo como mulher. Isso significava, na prática, que se um homem fosse vítima de um ato de violência sexual, não poderia ter seu agressor condenado pelo crime de estupro, independentemente das circunstâncias concretas, tão somente em função de seu próprio gênero. Esse aspecto, no entanto, não será explorado neste trabalho.

A segunda limitação contida no tipo penal estupro era que a sua consumação exigia que houvesse a conjunção carnal propriamente dita. Qualquer outra prática que não implicasse nesse núcleo consistiria em atentado violento ao pudor, previsto no artigo seguinte do mesmo Código e com a cominação de uma pena razoavelmente menor do que a do crime de estupro.

As alterações estudadas nesta seção do trabalho acabaram por promover a fusão destes dois tipos penais, estupro e atentado violento ao pudor, em um só, já que o último foi revogado. Sendo assim, prescindindo o estupro da efetiva conjunção carnal, pode-se admitir que os fatos noticiados sejam capitulados como estupro, considerando que houve o constrangimento e o ato libidinoso.

⁴²⁸ BRASIL. Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

⁴²⁹ BRASIL. Redação original do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Redação original. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

Constranger, como leciona Guilherme de Souza Nucci, consiste justamente em tolher a liberdade, forçar ou coagir, o que inquestionavelmente ocorreu no caso em apreço. O ato libidinoso, então, pode ser conceituado como “qualquer contato que propicie a satisfação do prazer sexual, como, por exemplo, o sexo oral ou anal, ou o beijo lascivo”⁴³⁰. Esclarecidos os conteúdos dos dois elementos principais, devem ser analisadas as circunstâncias do caso concreto.

Verificou-se que o investigado, pelo emprego de constrangimento, consubstanciado nas ameaças feitas à vítima, obrigou-a a praticar ato libidinoso, no caso masturbar-se, além de ter obtido a sua própria satisfação sexual com a prática. Essa descrição faz com que sua conduta agregue, em tese, os elementos constitutivos do tipo penal estupro, sem que estejam previstas em lei as exatas circunstâncias em que os fatos ocorreram.

Benjamin Wittes trata as práticas estudadas nesta subseção como extorsão sexual, ou “sextorsão”, definindo-as como uma forma de extorsão e/ou chantagem na qual o bem ou serviço exigido/demandado é a prática de um ato sexual⁴³¹. Aduz, ainda, que a extorsão sexual pode se manifestar pelas mais diversas formas. As vezes pode ocorrer envolvendo a utilização de *hacking* para a obtenção das imagens que serão primeiramente utilizadas para fazer as ameaças, ou ainda envolvendo manipulação em redes sociais.

Seja como for, para estes casos também se aplicam as dificuldades que podem ocorrer no *cyberstalking* que foram anteriormente tratadas. Pode, de fato, ocorrer de o agressor se valer do anonimato para praticar seus crimes impunemente, assim como a extorsão sexual pode ocorrer no âmbito internacional, dificultando mais ainda a persecução penal do responsável.

Por oportuno, devem ser analisadas as críticas, veiculadas por José Renato Martins, que podem ser feitas em desfavor das alterações normativas provocadas pelo advento da Lei de n.º 12.015/09, concernentes, principalmente, ao princípio da legalidade e também o da proporcionalidade, como expostas a seguir:

Isso se deve ao fato de a redação imposta pela Lei nº 12.015/09 ter alargado as condutas subsumíveis ao delito de estupro, de maneira a equiparar a reprovabilidade penal imputada à conjunção carnal a qualquer outro ato libidinoso, este, inclusive, por vezes, podendo ostentar reprovabilidade social sensivelmente inferior ao da conjunção

⁴³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Página 678.

⁴³¹ WITTES, Benjamin; POPLIN, Cody; JURECIC, Quinta. Sextortion: Cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault. **Center for Technology Innovation at Brookings**. May, 2016. Disponível em: <<https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/05/sextortion1-1.pdf>>. Acesso em 17 de outubro de 2017. Página 3.

carnal, irracionalidade legislativa que, além de ferir o princípio penal constitucional da legalidade (particularmente, na sua vertente da taxatividade ou determinação taxativa), ofende também o princípio da proporcionalidade.⁴³²

As críticas feitas pelo autor certamente merecem algum crédito, uma vez que um tipo penal aberto como o que atualmente está em vigor pode abarcar uma quantidade considerável de condutas, o que pode, em alguma medida, comprometer a segurança jurídica que deve prover a norma penal, não deixando dúvidas quanto seu espaço de incidência.

Não obstante, essa maior abertura pode ser vista como uma tentativa de resguardar o bem jurídico tutelado com maior cuidado, não permitindo que uma eventual lacuna legislativa o deixe desprotegido. Além disso, uma descrição penal moderadamente aberta não necessariamente implica numa criminalização vaga, e, de fato, não parece ter sido este o caso.

De qualquer sorte, o estudo deste episódio em particular é de grande valia para demonstrar que as condutas criminosas podem se aproveitar de ferramentas tecnológicas, transmutando-se em tipos penais que, a priori, parecem não estar previstos no ordenamento jurídico. Além disso, sem a alteração normativa estudada nesta subseção, o episódio estudado não poderia ter se enquadrado no tipo penal estupro, pelo que se infere a imprescindibilidade da atividade legislativa.

Tendo, por fim, se estabelecido esse paralelo entre o *cyberstalking* e o estupro virtual, entendendo como se deu a admissão deste último como um crime e deixando clara a necessidade de alteração normativa, fica evidenciada a integralidade da conjuntura jurídica e social em que se inserem a discussão e a problemática traçada neste trabalho.

3.2 Subsunção do *cyberstalking* ao conceito de violência doméstica

Uma vez que os elementos centrais da problemática do trabalho foram devidamente discutidos, a pesquisa está apta a realizar a subsunção das práticas de *cyberstalking* ao conceito legal de violência doméstica, mais especificamente em sua modalidade psicológica, para entender a relação entre eles e analisar se há, como conjecturado na hipótese, identidade.

Primeiramente serão destacados os pontos mais relevantes explorados no trabalho e que serão tomados como premissas para se chegar à conclusão. O primeiro deles é a mora

⁴³² MARTINS, José Renato. O delito de estupro após o advento da Lei nº 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais. In: **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional da ABDC**Const. Curitiba: ABDCConst, 2013. Página 32.

legislativa que ensejou a responsabilização do Estado Brasileiro por omissão, em relação a diversos dispositivos contidos em tratados internacionais dos quais o país era signatário, com a posterior edição da Lei de Violência Doméstica⁴³³.

Paralelamente a este fato deve ser tratada a ausência de legislação específica no Brasil sobre a perseguição por meios virtuais até o presente momento. Não houve, ademais, nenhum caso notório envolvendo esta temática, que pudesse gerar pressão social o suficiente para forçar o Poder Legislativo a editar normas, tal como ocorreu no caso que quase vitimou fatalmente Maria da Penha Fernandes.

Tem-se que o Estado brasileiro somente agiu e disciplinou o assunto após ser instado a fazê-lo, o que apenas demonstra que a mora legislativa é absolutamente natural no ordenamento jurídico pátrio e que a ausência de uma determinada norma não significa, em nenhuma hipótese, que ela efetivamente não precise ser disciplinada. Do contexto histórico – daí sua importância dentro desse estudo – infere-se que as coisas não funcionam exatamente assim.

Dessa maneira, nota-se a primeira semelhança entre os dois contextos, já que o Estado brasileiro estivera em mora legislativa quanto à edição de normas que efetivassem as proteções garantidas constitucionalmente e por tratados internacionais às mulheres, e, da mesma forma, igualmente encontrar-se-ia em mora com relação à edição de normas que disciplinem a matéria perseguição, seja a física, seja a por meios virtuais.

Surge, então, outro ponto a ser confrontado que envolve uma enorme semelhança entre os dois objetos de estudo deste trabalho. Consiste no fato de a violência doméstica, quando praticada em sua modalidade psicológica, não ser facilmente identificada, sendo percebida como algo natural⁴³⁴. O mesmo se pode dizer com relação às práticas de perseguição por meios virtuais⁴³⁵.

Como mencionado anteriormente, um estudo⁴³⁶ sobre a percepção da *cyberstalking* demonstrou que jovens mulheres universitárias – as principais vítimas deste tipo de prática – tiveram dificuldade em identificar uma situação como sendo de perseguição, mormente quando não praticada por um estranho. E isso, ressalte-se, em posição neutra, sem estar

⁴³³ GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e de procedimento penal**. Salvador: JusPodium, 2009.

⁴³⁴ CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: Reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. 14 (6). Ed. Nov-Dez 2006.

⁴³⁵ MORIARTY, Laura J.; PARSONS-POLLARD, Nicolle. **Controversies in Victimology**. 2ª Ed. New York: Routledge, 2015.

⁴³⁶ Ibidem. Página 105-106.

submetida à condição de vítima, o que gera menos interferência no juízo de valor atribuído aos fatos.

Também tratado anteriormente, a violência doméstica psicológica tende a não ser percebida pela vítima, tendo em vista que geralmente ocorre conjuntamente com outros conflitos na vida íntima e familiar do casal⁴³⁷. Sendo assim, podemos assumir este como um ponto em comum entre os dois elementos do trabalho, uma vez que as vítimas podem estar alheias à sua ocorrência.

Considerando, ademais, que, segundo a Lei 11.340/60, a violência doméstica, aqui mais especificamente em sua modalidade psicológica, compreende, dentre outras práticas, a vigilância constante e a perseguição contumaz⁴³⁸, que são justamente características previstas na legislação estadunidense que trata do *cyberstalking*, assentamos mais um ponto de identificação entre os dois elementos trabalhados.

Ressalte-se, ainda sobre esse ponto, a constância e a contumácia das práticas de vigilância e perseguição, posto que esse foi um elemento comum a ambas as legislações alvos do estudo comparado. O Código Penal Californiano é expresso, prevê que a perseguição por meios virtuais consiste na repetição desse comportamento, ou não será consumado.

Quanto a lei federal dos Estados Unidos da América, igualmente, prevê em todos os dispositivos que tratam do assunto, os elementos continuidade e repetitividade como requisitos à consumação do ilícito. São os mesmos elementos, constância e a contumácia, previstos no conceito de violência psicológica com relação aos núcleos vigilância e perseguição

Foi esclarecido, ainda, que consiste em violência psicológica qualquer conduta que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento da vítima⁴³⁹. Igualmente ficou assentado que as práticas persecutórias podem provocar mudanças nos padrões alimentares e de sono, ademais apresentar sintomas psicológicos, como pesadelos, hipervigilância, ansiedade, sensação de desamparo, medo por sua própria segurança, choque e descrença⁴⁴⁰.

É evidente que as consequências supramencionadas da perseguição impingem grande sofrimento à vítima e implicam em prejuízo e perturbação de seu pleno desenvolvimento,

⁴³⁷ SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurulho de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação**. Vol. 11, N. ° 21. Florianópolis: Jan/Abr 2007. Página 97.

⁴³⁸ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

⁴³⁹ Ibidem.

⁴⁴⁰ MORIARTY, Laura J.; PARSONS-POLLARD, Nicolle. **Controversies in Victimology**. 2ª Ed. New York: Routledge, 2015.

efeitos atribuídos à violência psicológica pela Lei 11.340/06. Fica traçado, aqui, mais um ponto de verossimilhança entre o *cyberstalking* e a violência doméstica na modalidade psicológica.

Além disso, também se enquadra como violência psicológica qualquer conduta que implique em dano emocional, mediante, por exemplo, a vinculação de ameaças. Já foi demonstrado que um dos elementos objetivos constitutivos do tipo *cyberstalking* nas legislações estudadas é justamente o medo que a vítima sente por sua própria vida e segurança.

A ameaça, nesse contexto de violência doméstica, nada mais é do que imprimir à vítima o medo, o temor por sua integridade física e psíquica, o que, como bem demonstrado pelo estudo já feito, pode ser facilmente alcançado pelas práticas reiteradas de intrusão de uma determinada pessoa sobre a vida de outra.

Assim, é forçoso admitir que as práticas de perseguição por meios virtuais de fato se enquadram como violência doméstica, tanto pela identificação que há entre os elementos constitutivos dos dois objetos pesquisados, quanto pela afinidade entre os efeitos suportados pelas vítimas em ambos os casos.

Igualmente pode-se dizer que há identificação com relação à mora do Estado em prover uma legislação adequada para o tratamento das temáticas. No caso da violência doméstica, a edição da Lei apenas se deu após o trágico episódio de tentativa de homicídio em desfavor de Maria da Penha Fernandes, não havendo até então norma específica. No caso da perseguição por meios virtuais, persiste a lacuna legal.

Por fim, é importante frisar que a decisão recente que permitiu a prisão provisória de um homem pela prática do crime de estupro na modalidade virtual sinaliza que é imprescindível que se proceda às alterações normativas pertinentes, para que as condutas criminosas, ao se valerem de ferramentas eletrônicas, permaneçam sob a incidência dos tipos penais vigentes no ordenamento jurídico. Isso ainda demanda um grande esforço hermenêutico, mas a subsunção é perfeitamente possível.

Outro ponto a ser destacado é a semelhança detectada entre a perseguição por meios eletrônicos e o estupro virtual, pois estes dois núcleos apresentam as mesmas vulnerabilidades. Ambos podem ser cometidos sob o véu do anonimato e ignorando fronteiras nacionais, o que dificulta sobremaneira eventual tentativa de persecução penal dos responsáveis pelos atos.

Ademais, deve ser considerada a gravidade das consequências, para a vítima, das práticas de perseguição estudadas nesse trabalho. Não obstante a efetiva lesividade, o *cyberstalking* poderia ser capitulado como o crime de ameaça, ou ainda a contravenção penal de perturbação da tranquilidade – ambas infrações de menor potencial ofensivo, e, portanto, com penas brandas.

Dessa maneira, na linha do que foi sedimentado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 4.424 e da Ação Declaratória de Constitucionalidade de n.º 19, em que se reconheceu a condição de vulnerabilidade da mulher, é inadmissível que tais condutas não recebam uma reprimenda estatal proporcional e que resguarde propriamente o bem jurídico tutelado, que é o que se verifica no ordenamento brasileiro atualmente.

Tudo isso aponta para a necessidade de que haja alteração legislativa a fim de que as normas penais contemplem a gravidade do *cyberstalking*. Essa proposta, contudo, não implica numa criminalização imoderada, e sim num acompanhamento, por parte das leis, das prioridades sociais que evidentemente se modificam pela ação do tempo e, neste caso, também pela evolução da tecnologia, a fim de se prover maior segurança jurídica.

Tal como o estupro virtual, a perseguição por meios virtuais é um exemplo de rearranjo de uma conduta criminosa para utilizar-se de meios virtuais. Isso significa que, para que os casos de *cyberstalking* recebam o tratamento mais adequado quando submetidos ao Poder Judiciário, o ideal é que as normas penais também os amparem de maneira clara.

Tendo condensado nesta subseção todos os resultados obtidos a partir da exploração dos conceitos centrais do trabalho, e em seguida procedido à confrontação dos dois elementos, ou seja, a efetiva subsunção do *cyberstalking* ao conceito anteriormente tratado de violência doméstica psicológica, será possível traçar, de maneira imparcial, a conclusão deste artigo científico.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como escopo a resolução da seguinte questão-problema: Em que medida as práticas de *cyberstalking*, no âmbito das relações íntimas, se enquadram como violência doméstica, e mais especificamente na modalidade psicológica? Tem-se que a questão fora propriamente respondida, pelos argumentos que serão brevemente rememorados.

A fim de responder a problemática suscitada, procedeu-se a uma pesquisa envolvendo os seus elementos centrais, mais especificamente a violência doméstica e a perseguição por meios virtuais, ou *cyberstalking*. Esse estudo realizado nas duas primeiras seções, eminentemente conceituais, é que propiciou a comparação que conduz a conclusão que será exposta.

Na última parte deste trabalho foi realizado o cotejo do *cyberstalking* em relação ao conceito de violência doméstica psicológica, análise que levou à detecção de diversos pontos semelhantes entre os dois temas. Primeiramente, verificou-se que o Estado brasileiro foi omissivo por um longo período antes da edição da Lei de Violência Doméstica. O mesmo poderia estar acontecendo em relação à edição de uma norma que trata especificamente da perseguição por meios eletrônicos.

Outros pontos de convergência encontrados entre o *cyberstalking* e a violência psicológica consistem, por exemplo, na dificuldade que a própria vítima pode ter para detectar os abusos que vem sofrendo. Além disso, as consequências que a perseguição tem na vida da vítima claramente provocam a sua perturbação e prejudicam o seu pleno desenvolvimento, elementos caracterizadores da violência psicológica.

Por fim, a Lei de Violência Doméstica arrola como forma de violência psicológica a vigilância constante e a perseguição contumaz da vítima. Pois bem, a constância e a contumácia podem ser interpretadas exatamente como a reiteração que as legislações norte-americanas estudadas requerem para que o crime de *cyberstalking* se consuma.

Sendo assim, ante todo o exposto, a conclusão a que se chega é a de que se tem por corroborada a hipótese inicialmente lançada, de que o *cyberstalking*, ou seja, a perseguição por meios virtuais, realmente consiste numa forma de violência doméstica, precisamente em sua modalidade psicológica, e que por isso deve ser alvo da persecução penal.

Não obstante, é manifesto que o ordenamento brasileiro não prevê, de maneira específica, qualquer tratamento jurídico direcionado a estas práticas. O estudo acerca do chamado estupro virtual sinaliza que há a necessidade de alteração normativa para que as novas condutas, que se utilizam de ferramentas eletrônicas, se amoldem aos tipos penais existentes. Dessa maneira, quando submetidas ao Poder Judiciário, estas novas demandas receberão o tratamento adequado.

Além de demandar um esforço hermenêutico muito maior por parte do julgador no caso concreto, uma eventual lacuna legislativa deixa incerto o caminho a ser tomado. O estudo comparado da Legislação Americana nos âmbitos federal e estadual demonstra que é

perfeitamente possível contemplar, nas normas de natureza penal, essas mudanças de paradigma provocadas pela evolução tecnológica.

Nesse contexto, o que se propõe é uma alteração legislativa para que as práticas de perseguição por meios virtuais sejam criminalizadas de maneira clara e inequívoca, o que além de proteger a vítima e balizar o aplicador do direito, oferece uma maior segurança jurídica, na medida em que as condutas lícitas e as ilícitas estão explicitamente separadas e, estas últimas, discriminadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Redação original do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

_____. Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

_____. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

_____. Anexo do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> E <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 9 de outubro de 2017.

_____. Decreto n.º 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>>. Acesso em 9 de outubro de 2017.

_____. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19. Requerente: Advogado-Geral da União. Interessados: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e outros. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.424. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: Reflexões teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. 14 (6). Ed. Nov-Dez 2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório n.º 54/01, do caso 12.051, de Maria da Penha Maia Fernandes**, de 4 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

D'OVIDIO, Robert; DOYLE, James. A Study On Cyberstalking: Understanding Investigative Hurdles. **FBI Law Enforcement Bulletin**. Vol. 72, N.º 3, Ed. março 2003.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. p.41 apud SALEH, Sheila Martignago; SOUZA, Juliana Machado de. MEDIDAS PROTETIVAS CÍVEIS DA LEI 11.340/06 E SUA APRECIACÃO JUDICIAL. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012.

ELLISON, Louise; AKDENIZ, Yaman. Cyber-stalking: the Regulation of Harassment on the Internet. **Criminal Law Review, 1998 – December Special Edition: Crime, Criminal Justice and the Internet**. Páginas 29-48.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e de procedimento penal**. Salvador: JusPodium, 2009.

KRONBAUER, José Fernando Dresch; MENEGHEL, Stela Nazareth. Perfil da violência de gênero perpetrada por companheiro. **Revista de Saúde Pública**, vol. 39, núm. 5, outubro, 2005, pp. 595-701 Universidade de São Paulo São Paulo, Brasil.

MARTINS, José Renato. O delito de estupro após o advento da Lei nº 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais. In: **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst**. Curitiba: ABDConst, 2013.

MELOY, J. Reid. **The Psychology of Stalking: Clinical and Forensic Perspectives**. London: Academic Press, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

Michaelis: Moderno Dicionário Inglês-Português, Português-Inglês. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

MORIARTY, Laura J.; PARSONS-POLLARD, Nicolle. **Controversies in Victimology.** 2ª Ed. New York: Routledge, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PANDJIARJIAN, Valéria. **Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação.** Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/genero-e-poder-judiciario/os_estereotipos_degenero_no.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

PATRÍCIO, Joana Aguiar. Violência contra as mulheres: processos e contextos de vitimização. **Fórum Sociológico**, Série II, Número 25. 2014.

PENSO, Maria Aparecida. As Complexas Relações entre Álcool, Drogas e Violência Intrafamiliar. LIMA, Fausto Rodrigues (Coord.); SANTOS, Claudiene (Coord.). **Violência Doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Página 243 - 254.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurulho de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação.** Vol. 11, N. ° 21. Florianópolis: Jan/Abr 2007.

ROYAKKERS, Lambers. The Dutch Approach to Stalking Laws. **California Criminal Law Review.** Issue 1. Article 2. Vol. 3: October, 2000.

SCHRAIBER, Lília; D'OLIVEIRA, Ana Flávia; HANADA, Heloísa. Violência vivida: a dor que não tem nome. **Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação.** Vol. 7, N.º 12, P. 41-54, 2003.

SOUTHWORTH, Cynthia; FINN, Jerry; DAWSON, Shawndell. Intimate Partner Violence, Technology, and Stalking. **Violence Against Women**, Vol.13, N. ° 8, Sage Publications, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. A Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. CAMPOS, Carmen Hein (Org.). **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. Primeira prisão por estupro virtual no Brasil é decretada no Piauí. Notícia disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí:

<<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias/primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil-e-decretada-no-piaui/>>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. California Penal Code. Disponível em: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=15.&part=1.&chapter=2.&article=>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

_____. United States Code. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title47-section223&num=0&edition=prelim>>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

WITTES, Benjamin; POPLIN, Cody; JURECIC, Quinta. Sextortion: Cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault. **Center for Technology Innovation at Brookings**. May, 2016. Disponível em: <<https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/05/sextortion1-1.pdf>>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

RECALL – A DESTITUIÇÃO DE UM REPRESENTANTE FEITA PELO SEU REPRESENTADO: UMA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

RECALL - THE DISMISSAL OF A REPRESENTATIVE DONE BY HIS REPRESENTATIVE: A PROPOSED AMENDMENT TO THE CONSTITUTION

Manuela Karoline Brito Santos

Sumário

Introdução. [1 Mandato Político e Representação Política](#). 2 Exposições acerca do instituto *Recall*. 3 A Constituição da República Federativa do Brasil pode ser alterada para incluir o *Recall*?. 4 Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

O presente estudo versará sobre a possibilidade do instituto *recall* ser implementado na Constituição da República Federativa do Brasil com o propósito de ser mais uma forma de participação popular. Como o instituto é utilizado para destituir o mandato de um representante político, houve a necessidade de que primeiramente fosse analisado o conceito de mandato político e representação política, pelo fato de tais temas terem ligação direta com o mecanismo. No segundo momento foi estudado a essência do *recall*, sua origem, definições, finalidades, sua utilização no seu país de origem e seus aspectos negativos e positivos, além do seu contexto na história brasileira a partir da Constituinte de 1988 bem como a apresentação de uma sugestão de proposta. Por fim, foi examinado como é feita uma alteração na Constituição Federal de 1988 com o propósito de avaliar a possibilidade de alteração da Constituição brasileira com o fito de adotar tal mecanismo, sendo esse o objetivo desse estudo. A metodologia escolhida para a construção desse trabalho foi a pesquisa documental, com a análise doutrinária em livros, artigos de revistas científicas e meios eletrônicos pertinentes. O trabalho busca trazer ao cerne do debate os conceitos relacionados a questão central do problema como Representação Política, Emenda Constitucional, Cláusula Pétrea e claro, o *Recall*.

PALAVRA-CHAVE: *Recall*; Mandato; Representação Política; Revogação; Cláusula Pétrea.

ABSTRACT

The present study will focus on the possibility of the recall institute being implemented in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in order to be another form of popular participation. As the institute is used to dismiss the mandate of a political representative, it was necessary to first analyze the concept of political mandate and political representation, because such topics have a direct link with the mechanism. In the second moment the essence of the recall was studied, its origin, definitions, purposes, its use in its country of origin and its negative and positive aspects, besides its context in Brazilian history from the 1988

Constituent as well as the presentation of a Suggestion. Finally, it was examined how an amendment is made in the Federal Constitution of 1988 with the purpose of evaluating the possibility of altering the Brazilian Constitution in order to adopt such mechanism, which is the purpose of this study. The methodology chosen for the construction of this work was the documentary research, with the doctrinal analysis in books, articles of scientific journals and relevant electronic means. The work seeks to bring to the heart of the debate the concepts related to the central issue of the problem as Political Representation, Constitutional Amendment, Petty Clause and, of course, the Recall.

KEYWORD: Recall; Mandate; Political Representation; Repeal; Petty Clause.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objeto de estudo o instituto norte-americano *recall* e a sua possível implementação no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal tema é muito pertinente nos dias de hoje por causa do momento de crise na política que o País vivencia. A insatisfação com os representantes políticos está cada vez mais presente na vida dos brasileiros.

Aguardar quatro anos até as próximas eleições para retirar do poder aquele mandatário desonesto parece ser uma eternidade e depender dos próprios representantes políticos para retirar um colega seu do cargo é ilusão, afinal, pelo que se pode acompanhar todos eles têm o que temer, dessa forma, sempre estão acobertando um ao outro.

Nesse cenário de descontentamento aparece o *recall* como sendo o instituto mais adequado para lidar com essa situação. Tal instituto possibilita ao representado, não satisfeito com o seu representante, destituí-lo do seu mandato político. Pois já que o cidadão pode eleger determinado candidato político por que não revogar o mesmo do seu mandato?

O *recall* é um instituto pouco lembrado pela mídia, sociedade e menos ainda pelos políticos, mas certamente esse mecanismo melhoraria a crise da representatividade que está ocorrendo.

Mas para que tal mecanismo possa ser utilizado é necessário que ele esteja positivado na Constituição Federal de 1988. Para isso, é necessário que uma Emenda à Constituição seja feita. Diante dessa problemática, o presente trabalho tem como objetivo analisar a viabilidade da implementação desse instituto no sistema jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo, será analisado o conceito de mandato e representação política, vez que não há como estudar o *recall* sem entender primeiramente o que é a representação

política, já que a maior finalidade desse instituto é a revogação do mandato de um representante político, por decisão popular, como forma de responsabilização deste que não está honrando sua função. Por outro lado, não há como se entender o que seja representação política sem antes compreender o que é mandato político, visto que, é através do mandato, que um candidato a um determinado cargo político se torna representante de uma população.

No segundo capítulo aprofundar-se-á o estudo do mecanismo basilar desta pesquisa, que é o *recall*, analisando sua origem, conceitos, finalidades, seu funcionamento no seu país de origem, bem como seus aspectos negativos e positivos. Além disso, será feita uma análise das tentativas de implementação do *recall* no sistema jurídico brasileiro desde a Constituinte de 1988. Por fim, uma proposta de implementação desse instrumento no Brasil será apresentada.

No terceiro e último capítulo, será estudado o que se entende por Emenda Constitucional, pois é através desse procedimento que o *recall* pode ser inserido no sistema jurídico brasileiro. Será analisada individualmente cada Cláusula Pétrea, a fim de verificar se a implementação desse instituto é possível ou não, encontrando assim o resultado para o dilema.

Este trabalho foi construído através de análises bibliográficas e documentais. Artigos científicos, tese de doutorado e meios eletrônicos também foram utilizados a fim de levantar o máximo de informações possíveis para enriquecer o trabalho e solucionar o problema.

Exposto isso, ao final de toda essa explanação chegar-se-á a uma resposta para a indagação inicial, qual seja, a de saber se o *recall* como forma de destituição de um representante político por meio do eleitor, pode ser inserido na Constituição da República Federativa do Brasil através de uma Emenda à Constituição.

MANDATO POLÍTICO E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de implementação do *recall* na Constituição Federal de 1988 como sendo outra forma de participação popular. Porém, apesar da representação política não ajudar a encontrar uma resposta para essa questão, não dá para estudar o referido instituto sem antes entender o que seja representação política, visto que, esses dois assuntos estão intrinsecamente ligados. Dessa forma, considera-se pertinente compreender, nem que seja de maneira sucinta, o conceito de representação política.

Contudo, antes de adentrar nessa definição, é necessário também entender o que seja mandato político, pois é através desse que o até então candidato político se torna um representante.

Mandato vem do latim *mandatum* que vem de *mandare* que é a forma simplificada de *manus dare* que significa o ato de “dar a mão”.⁴⁴¹

Essa ideia de “dar a mão” demonstra a imagem de duas pessoas de mãos dadas, onde uma dá a outra uma obrigação. Quando uma delas recebe essa obrigação se torna o mandatário, devendo, dessa forma, realizar e executar a vontade do outro, o mandante.⁴⁴²

O mandato e as obrigações decorrentes dele provêm de uma relação baseada em Lealdade e Fidelidade, que são desejos buscados pelo mandante, que põe suas aspirações em uma pessoa para que esta seja seu representante.

Um representante não pode ficar inoperante, devendo sempre ter atitudes e promover a concretização delas, porém nunca se esquecendo de ser leal e fiel àqueles que o elegeu. O sucesso de ser um bom representante se dá por causa dessas “mãos dadas” e essas só permanecem unidas enquanto houver Confiança, apoiada na Lealdade e Fidelidade.

A Lealdade nesse contexto tem significado de honestidade, honestidade para honrar seus compromissos. A Fidelidade está intrinsecamente ligada à Lealdade, pois fiel é aquele que cumpre seus compromissos firmados. Ambas as características são dignas de Confiança.

O que acontece em termos políticos é que o candidato a um determinado cargo expõe suas propostas para o cidadão e esse, depositando sua confiança naquele, outorga-o um mandato, esperando que ele seja leal e fiel com suas propostas. Dessa forma, o mandatário é o representante daqueles que o elegeu, representando-o para tomar todas as decisões pertinentes a ele.

Para Pinto Ferreira a representação política é uma “situação política jurídica na qual determinados indivíduos ou grupos sociais exercem as funções estatais em nome do povo”.⁴⁴³

Já Meirelles Teixeira conceitua um regime representativo

Quando os governantes ou partes deles, exercem sua competência não em virtude de um direito próprio, mas em razão de sua qualidade de representante, geralmente obtida mediante eleição e apenas por um certo prazo.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ GARCIA, Maria. Os Poderes do mandato e o recall. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.50, p. 29, jan./mar. 2005.

⁴⁴² Ibid., p. 29.

⁴⁴³ FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais de Direito Constituição Moderno**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 174.

⁴⁴⁴ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universidade, 1991. p. 487.

E ainda acrescenta expondo que

A essência da representação consiste na distinção entre o titular do poder político (povo), e os seus representantes, que desse poder têm apenas o exercício, geralmente durante certo tempo, apenas.⁴⁴⁵

Marcello Caetano conceitua representação política como

O instituto pelo qual uma pessoa (o representante) pratica atos jurídicos em nome e em lugar de outra (o representado) e de tal modo que os efeitos dos atos praticados pelo representante se produzem na esfera jurídica do representado. Isto é: quando há representação, os atos dos representantes produzem efeitos como se fossem da autoria do representado.⁴⁴⁶

Por meio dessas explicações, entende-se que um eleitor escolhe, mediante uma eleição direta, entre os candidatos a um cargo político aquele que mais lhe transmitir Confiança outorgando-o assim um mandato político a ele. O representado espera que o seu representante honre os compromissos firmados anteriormente, esperando do mesmo Lealdade e Fidelidade para cumprir suas promessas.

Desse modo, o representante político tem como dever tomar decisões em benefício de toda uma coletividade, deixando seus interesses pessoais à parte.

Dessa maneira, fica claro que quem de fato é titular do poder político não é aquele que foi eleito, mas sim os eleitores. O representante político apenas exerce esse poder para tomar decisões em nome daqueles e somente durante um certo período de tempo. Visto que, os eleitores voltam às urnas, podendo prolongar essa representação ou revogar essa função escolhendo outro agente para ocupar o cargo.

Em síntese, representação política é o ato de representar alguém ausente em determinadas atividades durante um prazo estipulado de tempo.

EXPOSIÇÕES ACERCA DO INSTITUTO *RECALL*

O *recall* originou-se nos Estados Unidos da América do Norte, possuindo características próprias.

A forma primordial do *recall* surgiu ainda no período colonial, quando as leis da Nova Inglaterra, que fundamentaram as Constituições da época, estabeleciam a liberdade

⁴⁴⁵ Ibid., p. 487.

⁴⁴⁶ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. ver. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2009. T. 1. p. 186.

individual, o julgamento pelo júri, a intervenção do povo nas coisas públicas, bem como as responsabilidades dos agentes do poder, permitindo eventualmente a revogação do mandato dos representantes.

A intervenção do povo nas coisas públicas se dava através de reuniões com os cidadãos, em local público, com a finalidade de discutir e resolver todos os assuntos de interesse da comunidade.

Entre 1781 a 1789, na época dos Artigos da Confederação, foram sugeridas ideias para criar um mecanismo muito parecido com o *recall* que se conhece atualmente. E na convenção de Nova Iorque foi oferecida uma proposta de emenda à Constituição garantindo que as legislaturas estaduais revogassem um ou dois senadores do cargo antes do término do mandato, elegendo outros para substituí-los. Entretanto, por falta de adesão, essa proposta dissipou-se.⁴⁴⁷

Foi só no final do século XIX e início do século XX que o *recall* como é admitido atualmente foi introduzido nos Estados Unidos, mais especificamente no Estado da Califórnia, com o intuito de combater a influência dos grupos econômicos sobre políticos e magistrados daquele Estado.⁴⁴⁸

Por volta de 1890, os Partidos Populista, Socialista e Progressista pregavam a ideia de que se os representantes não atendessem às aspirações dos representados poderiam ser destituídos do cargo por estes.⁴⁴⁹

Nessa época já existia o *impeachment*, e tanto o Partido Populista quanto o Progressista achavam tal instituto pouco útil, pois ele só punia a prevaricação, deixando sem punição o suborno, o abuso de autoridade e a omissão. Além do mais, para revogar um cargo político por meio do *impeachment* era necessário provar a prática de um crime, o que era muito difícil, dessa forma deixava o instituto inutilizado.⁴⁵⁰

Em suma, conclui-se que foi o movimento progressista americano, inspirado na destituição de cargos das antigas colônias, que instaurou o *recall* nos Estados Unidos da América do Norte tal como se conhece hoje. Sua finalidade era a revogação de mandato político e decisão judicial, na tentativa de barrar o poder predominante que grandes grupos econômicos detinham sobre políticos e magistrados.

⁴⁴⁷ CRONIN, Thomas E. **Direct democracy: the politics of the initiative, referendum and recall**. Cambridge MA: Harvard University Press, 1999. p. 129.

⁴⁴⁸ EKIRCH JR., Arthur A. **A Democracia Americana: teoria e prática**. Tradução de Álvaro Cabral e Constantino Paleólogo. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 179-202.

⁴⁴⁹ CRONIN, Thomas E, op. cit., p. 130.

⁴⁵⁰ CRONIN, Thomas E, op. cit., p. 130.

Esse instituto inicialmente foi criado para ser implementado somente em pequenas localidades. No entanto, em 1903, Los Angeles, um grande Município, o instaurou na sua Lei Orgânica e em 1911 o Estado da Califórnia implementou tal mecanismo na sua Constituição. Até os dias de hoje, tal instituto não é utilizado em âmbito nacional, no caso de destituição do Presidente da República.

Atualmente esse instituto encontra-se implementado em dezenove Estados dos Estados Unidos, além do Distrito de Columbia.⁴⁵¹

Segundo o Moderno Dicionário Inglês Michaelis *recall* tem significado de

1 revogação, chamada de volta. **4** revogação, anulação. **5** destituição de funcionários públicos, por votação popular. **6** recolha de produtos defeituosos. **1** revocar, chamar de volta, mandar voltar. **3** revogar, anular, cancelar. **4** destituir, demitir.⁴⁵²

De acordo com Meirelles Teixeira, *recall* é o

Direito, atribuído ao povo, de suprir os efeitos (revogar) dos mandatos de seus representantes, isto é, certos atos legislativos julgados inconvenientes para o interesse coletivo, ou mesmo de revogar o próprio mandato.⁴⁵³

Para Osvaldo Trigueiro *recall* é uma forma sumária do processo de *impeachment*⁴⁵⁴, ou seja, é um processo de destituição de um mandato político mais rápido e simples que dispensa várias formalidades a fim de que o processo seja mais célere.

Nas palavras de Monica Herman Salem Caggiano o *recall*

Confere ao eleitorado a faculdade de, antes da extinção normal do mandato conferido a um cidadão e por intermédio de nova manifestação do povo, destituí-lo, indicando-lhe o sucessor.⁴⁵⁵

Dalmo de Abreu Dallari explica que

O *recall* é uma instituição norte-americana aplicada para revogar a eleição de um legislador ou funcionário eletivo, ou para reformar decisão judicial que trata de constitucionalidade de lei, sendo que, no primeiro caso, é necessário que determinado número de eleitores requeira uma consulta ao eleitorado sobre a manutenção ou revogação do mandato conferido a alguém, exigindo-se dos requerentes uma caução em dinheiro. Caso a

⁴⁵¹ LEGISLATURES, National conference of state. **Recall of State Officials**. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>>. Acesso: 08 mar. 2017.

⁴⁵² **Dicionário Moderno dicionário inglês-português, português-inglês**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000. p. 530.

⁴⁵³ TEIXEIRA, J. H. Meirelles, op. cit., p. 478.

⁴⁵⁴ TRIGUEIRO, Osvaldo. **O regime dos Estados na União Americana**. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Americana, 1942. p. 140.

⁴⁵⁵ CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Sistemas eleitorais x representação política**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987. p. 30.

maioria decida pela revogação, o indivíduo perde o cargo e, na hipótese contrária, o mandato não se revoga e o Estado fica definitivamente com o dinheiro depositado.⁴⁵⁶

E por fim, explanando o que Maria Benedita Malaquias Pires entende por *recall* tem-se que:

Se o povo tem o poder de eleger os seus representantes, deverá também deter o poder de os destituir quando estes frustrarem as expectativas nele depositadas, antes de expirar o prazo relativo ao cargo que estão a exercer. A eventual revogação terá lugar por via de uma eleição em que o povo é questionado sobre se pretende manter ou não em funções o representante visado. Em poucas palavras, trata-se de uma substituição antecipada de representantes.⁴⁵⁷

Cada doutrinador tem sua maneira de definir o *recall*, mas de maneira geral entende-se que o *recall* é um instrumento pertencente a democracia indireta (ou representativa) que permite ao eleitor destituir do cargo político o representante político que ele elegeu antes que o seu mandato acabe pelo prazo normal.

O *recall* é realizado a partir da provocação popular onde o cidadão arrependido da escolha de seu representante decidiu destituí-lo e substituí-lo antes da extinção formal do tempo de exercício de suas funções. É uma forma de controle político por parte do eleitor para fiscalizar seu representante e destituindo-o quando achar necessário.⁴⁵⁸

Nos Estados Unidos da América, o *recall* pode ser usado para revogar mandato eletivo de qualquer agente público e para revogar decisão judicial que versa sobre a constitucionalidade de uma lei.⁴⁵⁹

Também há a presença do *recall* no Direito do Consumidor quando o fabricante de um produto retira um objeto de circulação, pois tal produto encontra-se com defeito, com o objetivo de que a integridade física do consumidor seja protegida.

Todavia, o *recall*, com a finalidade de destituir qualquer agente público (exceto representante político eleito), decisão judicial e o *recall* nas relações de consumo não serão objeto de estudo nesse trabalho. Será estudado apenas o *recall* como forma de participação

⁴⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155.

⁴⁵⁷ URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. **O referendo: perfil histórico-evolutivo do instituto; configuração do referendo em Portugal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. p. 79-80.

⁴⁵⁸ Essa ideia está relacionada ao princípio do “*good business principle*” que significa: princípio do bom negócio, segundo o qual os governantes são como empregados do povo, onde este pode destituí-lo caso ele não esteja sendo honesto ou cometente com a sua função.

⁴⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 155.

popular em um sistema democrático representativo a fim de revogar mandato de um representante político.

No seu país de origem, qualquer eleitor pode fazer uma petição invocando a utilização desse instrumento, entretanto, alguns Estados norte-americanos só aceita esse pedido se ele for baseado em determinados motivos previamente estabelecidos pela Constituição estadual.

Após isso, é reunido num período determinado de tempo, um número específico de assinaturas e, em seguida, essas assinaturas são entregues a funcionários eleitorais para a sua verificação. Atingindo o número determinado de assinaturas válidas será realizada a eleição do *recall*. Essa quantidade de assinaturas varia de Estado para Estado.

Também é necessário que os peticionários depositem uma certa quantia de dinheiro em forma de caução, pois, se a autoridade pública for reeleita ficará por conta deles as despesas feitas com essa nova eleição⁴⁶⁰. A caução também ajuda a frear a utilização do *recall*, evitando assim que ele seja usado de forma banal.

O representante político cuja mandato está sendo alvo do *recall* pode-se defender utilizando a própria cédula que os eleitores irão votar.⁴⁶¹

Em alguns estados, ao mesmo tempo em que ocorre a eleição do *recall* é realizada também uma eleição para ser escolhido o sucessor do representante político, caso esse tenha seu mandato revogado. Acontece da seguinte forma: na cédula que os eleitores votam existem duas perguntas. A primeira versa sobre se o representante que está sendo submetido ao *recall* deve mesmo ter seu mandato revogado e a segunda pergunta sobre quem deve substituí-lo com base em uma lista de candidatos já previamente fornecida. Sendo que a segunda pergunta somente será respondida caso a resposta seja sim para a primeira.⁴⁶²

Em outros estados, caso ocorra a vacância do cargo, a eleição para escolher o sucessor do representante político destituído ocorre separadamente. Com a revogação do mandato, o cargo é declarado vago e uma eleição especial é convocada (conforme a legislação local).⁴⁶³

⁴⁶⁰ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1973. p. 236.

⁴⁶¹ PEDRA, Adriano Sant'Anna. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 296.

⁴⁶² LEGISLATURES, National conference of state. **Recall of State Officials**. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>>. Acesso: 08 mar. 2017.

⁴⁶³ LEGISLATURES, National conference of state. **Recall of State Officials**. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>>. Acesso: 08 mar. 2017.

Já em outros estados o cargo vago é preenchido por nomeação para que o substituto cumpra o restante do mandato.⁴⁶⁴

De maneira geral o *recall* possui dois momentos: primeiro ocorre a iniciativa popular para instalar a eleição que decidirá sobre a continuidade ou não do agente em seu cargo. Contudo, para instaurar essa eleição é necessária uma quantidade mínima de adeptos, além de uma quantia de dinheiro como forma de caução; e só depois disso ocorre o segundo momento, que é a votação sobre a manutenção ou não do mandato.

Há várias manifestações acerca dos aspectos negativos e positivos do *recall*.

Para André Hauriou⁴⁶⁵ há dois pontos negativos do instituto: um em relação à ordem política e outro em relação à ordem jurídica.

Em relação à ordem política, para ele, o instituto do *recall* faz parte de um modelo de democracia direta e não em um modelo de democracia representativa. Na democracia representativa, o cidadão dá total poder para que seus representantes atuem em seu nome, diferente da democracia direta, que é quando o cidadão participa diretamente em todas as decisões do governo.

Com isso ele quis dizer que o *recall* é uma forma que o cidadão tem de ditar as decisões de um governo, pois se o seu representante não seguir as suas regras o eleitor pode revogar o seu mandato.

Outra questão pontual é a de que o *recall* vai contra o homem detentor do mandato e não contra os atos dele, ou seja, o *recall* age de forma pessoal, destituindo um representante político de acordo com sua personalidade e não pelos seus atos.

Para ele, o *recall* se assemelha muito com o mandato imperativo, pelo fato de que, a qualquer momento o eleitor pode destituir o eleito ficando este à mercê das vontades daquele, ou seja, o cidadão dita o plano de governo que o representante deve seguir.

E, por fim, em relação à ordem política, o autor conclui que o *recall* gera muita instabilidade governamental, pelo fato de a qualquer momento e por qualquer motivo, o eleito pode ter seu mandato revogado.

Já em relação à ordem jurídica, para o autor, no *recall* não há a separação entre responsabilidade política e penal. Na responsabilidade política a sanção imposta ao eleito

⁴⁶⁴ LEGISLATURES, National conference of state. **Recall of State Officials**. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>>. Acesso: 08 mar. 2017.

⁴⁶⁵ HOURIOU, André. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Traducción castellana, adaptación y apéndice a cargo de José Antonio Gonzáles Casanova. Barcelona: Ediciones Ariel, 1971. p. 67-75.

está relacionada ao julgamento feito pelo seu eleitorado, a respeito da condução do seu mandato, se está fazendo uma boa ou uma má gestão. Tal responsabilidade possui um viés muito subjetivo. Enquanto a responsabilidade penal se refere à penalização de um agente por um ato criminoso que esse tenha cometido, sendo tal ato delituoso já positivado em lei. Ou seja, para ele o *recall* tem uma linha muito subjetiva, pois se refere mais a uma responsabilidade política do que penal.

Para o referido autor, o *recall* é ainda mais incorreto quando age contra as decisões dos juízes, pois fere a imparcialidade e a independência desses, porém isso não é o foco desse trabalho.

Thomas E. Cronin⁴⁶⁶ analisa que a maior crítica daqueles que são contra o *recall* diz respeito ao fato de que, tal instrumento é muito dispendioso para o Estado e Município e na grande parte dos casos não há a exigência em saber o verdadeiro motivo das acusações. Além disso, o *recall* retira a independência do representante, bem como existe a falta de capacidade do cidadão para tomar uma decisão tão importante, como é a de revogar um mandato político. O mesmo autor descreve cinco pontos negativos do *recall* segundo os críticos, quais sejam:

A primeira crítica expressa a ideia de que o *recall* vai contra os princípios republicanos de tempo e independência. Em relação ao tempo porque o *recall* não permite que o eleito exerça seu mandato até a próxima eleição, momento correto para que o mesmo seja responsabilizado pelos seus atos governamentais. Já em relação à independência enuncia que tal instituto impede que o eleito deixe de tomar medidas certas, porém impopulares, por medo de que os representados utilizem esse mecanismo para destituí-lo.

Segundo que esse instituto intimida os interessados a se candidatarem para cargos políticos por saberem que a qualquer momento podem ser destituídos por qualquer motivo, caso venham a ser eleitos.

Terceiro, a eleição do *recall* pode causar tumultos, dividindo a população e causando ainda mais problemas à comunidade.

Quarto, a eleição desse instituto é considerada injusta, uma vez que não ocorrem debates sobre as acusações que o detentor do mandato vem sofrendo, dessa forma, fazendo com que os eleitores devam se manter o tempo todo informados sobre os seus representantes.

⁴⁶⁶ CRONIN, Thomas E, op. cit., p. 127-139.

E por último, enuncia que as eleições do *recall* são dispendiosas e muitas vezes desnecessárias, pois existem mecanismos similares com a mesma função, como o processo de *impeachment*.

Já os defensores do *recall* segundo Thomas E. Cronin⁴⁶⁷ listam os seguintes pontos positivos do instituto.

O primeiro diz respeito ao fato de que os cidadãos não precisam esperar até a eleição subsequente para retirar um representante irresponsável, incompetente e desonesto do seu mandato. Por conta disso, o *recall* possui o condão de fazer com que os representantes se tornem mais competentes, por medo de serem a qualquer momento retirados do cargo político ocupado. Já que o eleitor tem o direito de destituir o seu representante, assim como um empregador pode despedir seu funcionário.

O representante será avaliado por toda uma população e não somente pelas pessoas que financiaram sua campanha, fazendo, assim, com que as autoridades políticas levem em consideração antes de tudo os seus representados do que qualquer troca de favores. Dessa forma, tem-se que o *recall* também é um instrumento que serve para combater as influências indevidas.

Em terceiro lugar, o *recall* aumenta a eficiência do serviço público, por causa do conhecimento do representante em saber que, se ele for ineficiente, pode ter seu cargo revogado.

O *recall* aproxima o representado das questões públicas relevantes, pois como o eleitor tem essa “arma” em sua mão faz com que ele tenha o interesse de se manter sempre informado sobre as atividades do governo.

E por fim, o *recall* é uma alternativa ao *impeachment*, visto que nesse tipo de procedimento as provas e relatórios podem ser facilmente burlados e influenciados, podendo ser utilizado tanto para proteger como para incriminar um representante político, objetivando ou não a sua destituição do cargo. Além do mais são os próprios políticos que votam no nesse processo, tornando-o assim mais fácil de ser corrompido.

Outro ponto positivo no *recall* é o elevado nível de participação do eleitor, que geralmente é superior às eleições normais.⁴⁶⁸

Para Maria Benedita Malaquias Pires Urbano⁴⁶⁹ o *recall* é um instrumento de controle que os representados podem utilizar para destituir aquele representante que não está

⁴⁶⁷ Ibid., p. 133-135.

⁴⁶⁸ CRONIN, Thomas E, op. cit., p. 143.

⁴⁶⁹ URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires, op. cit., p. 83.

exercendo a sua função com adequação, por isso, os representantes se sentem na obrigação de fazer uma boa gestão por medo dessa consequência.

Além disso, para a autora, o *recall* é uma consequência do sufrágio, pois da mesma forma que o cidadão tem o direito de escolher o seu representante, pode ele o destituir caso perceba que tenha feito uma péssima escolha.

No Brasil, durante a Constituinte de 1988, houve uma tentativa de implementação de um instituto semelhante ao *recall* norte-americano.

Segundo Michel Temer, tal instituto exigia que “0,5% do eleitorado do Estado poderia encaminhar uma petição fundamentada às Mesas das casas legislativas solicitando a destituição do parlamento”.⁴⁷⁰

Nesse ponto o *recall* e o voto destituinte se diferenciam, porque nos Estados Unidos “se o parlamentar abusar de seus misteres e deveres seja na esfera municipal, estadual ou federal, a maioria dos eleitores pode agir diretamente e destituí-lo”.⁴⁷¹ Já o voto destituinte tinha como finalidade “tornar possível a iniciativa popular, via preceito constitucional, de iniciar o processo de destituição, encaminhando as petições às direções das casas legislativas”.⁴⁷²

Ou seja, nos Estados Unidos os eleitores agem diretamente na destituição de um representante ao passo que, no Brasil, se o voto destituinte tivesse sido implementado, o eleitorado apenas encaminharia uma petição de forma fundamentada ao Poder Legislativo onde este deflagraria ou não o procedimento de destituição de um representante político.

Por outro lado, o Deputado Constituinte Lysâneas Maciel⁴⁷³ tece uma proposta de Voto Destituinte diferente dessa trazida por Michel Temer no seu livro. A proposta apresentada pelo Deputado se aproximava mais do *recall* norte-americano pelo fato que, nesse caso, o eleitor por meio desse mecanismo poderia revogar diretamente o mandato concedido aos seus representantes. O voto destituinte seria regulamentado por meio de uma lei complementar.

⁴⁷⁰ TEMER, Michel. **Democracia e cidadania**. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 73.

⁴⁷¹ Ibid., p. 73.

⁴⁷² Ibid., p. 73.

⁴⁷³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-74.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

Em 2005 houve uma Proposta de Emenda Constitucional nº 0073/2005⁴⁷⁴ para alterar os artigos 14 e 49 da Constituição Federal e acrescentar o art. 14-A.

Essa Proposta de Emenda à Constituição tinha como objetivo implementar um sistema parecido com o *recall* norte-americano, sendo que a diferença consistia na dissolução total da Câmara dos Deputados⁴⁷⁵ e pela possibilidade da revogação do mandato do Presidente da República.

Se ocorresse a dissolução da Câmara dos Deputados, de acordo com essa PEC, uma nova eleição seria convocada no prazo máximo de três meses.

O Presidente da República também poderia ter seu mandato revogado, admitindo que o instrumento revocatório fosse realizado também pelo Congresso Nacional, mediante requerimento de sua maioria absoluta e dirigido ao Tribunal Superior Eleitoral.

O referido instrumento só poderia ser utilizado após um ano da data da posse dos representantes políticos.

Esse instituto revocatório ocorreria da seguinte maneira:

A manifestação realizar-se-á por iniciativa popular, dirigida ao Superior Tribunal Eleitoral, e exercida, conforme o caso, mediante a assinatura de dois por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por sete Estados, com não menos de cinco décimos por cento em cada um deles, ou mediante a assinatura de dois por cento do eleitorado estadual, distribuído pelo menos por sete Municípios, com não menos de cinco décimos por cento em cada um deles.⁴⁷⁶

Caberia ao Estado, Distrito Federal e Municípios versar nas suas Constituições e Leis Orgânicas sobre esse instrumento para que o mesmo fosse utilizado sobre o Chefe do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo em cada uma dessas esferas da federação.

⁴⁷⁴ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda Constitucional 73/2005**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3050809&disposition=inline>>. Acessado em: 23 mar. 2017.

⁴⁷⁵ Se aproximando nesse ponto do instrumento revocatório *Abberufungsrecht* (que em alemão significa “direito de chamada”, mas em sentido político-jurídico tem o significado de “direito de dissolução popular”) da Suíça, onde a dissolução da Câmara dos Deputados acontece de forma total, diferenciando dessa maneira do *recall* norte-americano, pois nesse instituto a revogação de um mandato parlamentar acontece de maneira individual.

⁴⁷⁶ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda Constitucional 73/2005**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3050809&disposition=inline>>. Acessado em: 23 mar. 2017.

Em 2015 foi elaborado mais uma Proposta de Emenda à Constituição nº 21/2015⁴⁷⁷ para instaurar o Direito de Revogação, conhecido como *recall*, e o Veto Popular no art. 14 da Constituição Federal de 1988 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares.

Tal proposta tem como objetivo revogar o mandato do Presidente da República e os membros do Congresso Nacional, após dois anos da data da posse dos seus cargos.

Essa proposta foi a que mais se assemelhou com o *recall* norte-americano, se diferenciando apenas à aplicação desse mecanismo ao Presidente da República, o que não ocorre lá.

Caso ocorresse, nos dias de hoje, uma implementação desse instituto norte-americano no sistema jurídico brasileiro, este não seria aplicado para todo agente público como ocorre nos Estados Unidos da América.

A revogação do cargo público pelo *recall*, nos Estados Unidos, atinge todo aquele que exerce função pública, incidindo desde um diretor de escola até um Senador, ficando imune desse mecanismo somente o Presidente da República.

Uma vez instaurado esse instituto no Brasil, este só pode ser utilizado contra os agentes políticos. Entretanto, dentre os agentes políticos, somente serão atingidos pelo *recall* aqueles que são eleitos diretamente por votação popular, já que, são esses os representantes da população. Visto que, como o cidadão tem o direito de eleger determinado candidato político, pode ele também destituí-lo quando achar necessário, quando este não estiver mais sendo-lhe leal e fiel com os compromissos firmados.

Os Membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e Tribunais de Contas, os diplomatas e agentes políticos nomeados indiretamente ficarão de fora da aplicação do *recall* pelo fato de terem sido eles nomeados pelos agentes políticos eleitos. Então, a responsabilização dos erros de tais agentes políticos recairá sobre quem os nomeou. Isso não significa que os agentes políticos eleitos devem ser destituídos, mas sim, que eles precisam fazer uma análise criteriosa e cuidadosa no momento da nomeação do agente, quando for o caso, para exercer qualquer função.

Os agentes administrativos, honoríficos, delegados e credenciados devem ficar isentos da aplicação do *recall* pelo fato destes não exercerem essas funções advindas do voto popular. Assim sendo, eles não são representantes políticos, não podendo, dessa maneira, ter sua função pública revogada através do *recall*.

⁴⁷⁷ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda Constitucional 21/2015**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3037577&disposition=inline>>. Acessado em: 16 jun. 2017.

Em suma, esse mecanismo só deve recair sobre aqueles que são eleitos para serem representantes políticos, que, no caso são os Vereadores e Prefeitos de Municípios, os Deputados Estaduais, Distritais e Federais, os Senadores, os Governadores Estaduais e Distrital e o Presidente da República.

O *recall* é uma forma de participação popular e para que se possa utilizá-lo é necessário, primeiramente, que ele seja incluído no rol do art. 14 da Constituição da República Federativa do Brasil, que se refere aos momentos em que a soberania popular é exercida. Então além do Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular também teria o *Recall*.

No segundo momento é necessário criar-se uma lei para regulamentar o mencionado instituto, assim como aconteceu com o Plebiscito, Referendo e a Iniciativa Popular que são regulamentados pela Lei nº 9.709/98.⁴⁷⁸

Essa Lei deverá elucidar as seguintes questões: o quórum mínimo para que o *recall* seja instaurado, os Agentes Públicos que podem ser submetidos a esse julgamento, os motivos que tal instituto pode ser utilizado, como ocorrerá sua eleição, a escolha do novo representante caso o atual seja destituído e o momento em que pode e que não pode realizar as eleições para o *recall*.

O quórum mínimo para ser instaurado o *recall* está relacionado à quantidade de assinaturas válidas que são necessárias para que o instituto seja instaurado.

Os Agentes Públicos que podem ser submetidos ao *recall*, como já foi explicado anteriormente nesse trabalho, seriam os agentes políticos eleitos diretamente pelo voto dos cidadãos, pois são eles os representantes da população.

A lei também deverá tratar sobre os motivos que o *recall* pode ser instaurado como, por exemplo, quando existirem indícios de prática de atos de corrupção e crimes em geral, desvio de dinheiro público, fraudes em licitações e quando o representante político estiver fazendo uma péssima administração, sendo inoperante na sua função.

Após o recolhimento das assinaturas essas seriam encaminhadas para a Justiça Eleitoral onde se verificaria a veracidade das mesmas. Ocorrendo a confirmação das assinaturas e atingindo o número necessário de adeptos ao *recall* ocorreria a eleição do mesmo sendo presidida pelo juiz da comarca, acompanhada pelo membro local do Ministério Público, com o auxílio do Tribunal Regional Eleitoral.

Na eleição do *recall* serão feitas duas perguntas (assim como ocorre nos Estados Unidos): a primeira versará sobre se o representante político que está sofrendo o *recall* deve

⁴⁷⁸ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. [Lei nº 9.709, de 18 de Novembro de 1998](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm>. Acessado em: 16 jun. 2017.

ser mesmo destituído do mandato e a segunda pergunta seria sobre quem deveria substituí-lo com base em uma lista de nomes já previamente selecionados.

Ocorre a destituição do representante político se este receber a metade e mais um voto favorável à sua destituição.

As eleições para Vereadores e Deputados ocorrem através do sistema proporcional, o que assegura que candidatos com baixa votação sejam eleitos, garantindo assim a representação da minoria. O *recall* poderia abrir brechas para que grupos irresponsáveis da maioria o aplicassem contra representantes da minoria excluindo assim essas bancadas parlamentares.

Para evitar tal problema com a instauração do *recall* nesse caso só haverá a primeira pergunta, se o representante político deve ou não permanecer no cargo. Caso esse vier a ser deposto quem assumirá o seu cargo será o seu suplente, evitando assim que sua bancada se esvazie.

Deve contar na lei também o momento em que o *recall* pode e não pode ocorrer.

O instituto só poderá ser instaurado a partir de um ano contado do momento da posse do representante político, pois é nesse momento que ele começa a exercer sua função para qual foi eleito, sendo assim, após um ano o cidadão já terá tempo bastante para avaliar o seu desempenho.

Por outro lado, o *recall* não poderá ser instaurado faltando menos que seis meses para uma nova eleição, pelo fato de já estar se aproximando do momento natural em que os cidadãos voltam às urnas para decidir pela continuidade ou não de um representante no seu cargo. Dessa forma, não há necessidade de que uma eleição de revogação de mandato seja realizada, de maneira a se evitar algazarras e custos financeiros desnecessários.

É necessário também que haja um mecanismo que impeça o uso comum e irresponsável desse instituto. Assim como nos Estados Unidos, a lei brasileira do *recall* deverá estabelecer uma caução em dinheiro aos peticionários, pois assim, eles só convocariam esse instrumento quando fosse realmente necessário, evitando o uso desmedido do mesmo.

O *recall* foi idealizado para ocorrer em nível municipal pelo fato de que essa esfera da federação possui população e território reduzidos, o que faz com que haja a aproximação dos cidadãos com o centro do poder, de forma a facilitar que os representantes políticos conheçam os receios da população e que esses cobrem mais daqueles.

Mas nada impede que o *recall* seja utilizado em nível Estadual/Distrital para destituir Governador, Senador e Deputado e nem em nível Nacional para destituir um Presidente da República.

A constituição da república federativa do brasil PODE SER

ALTERADA PARA INCLUIr O *RECALL*?

Para que a Constituição Federal seja alterada é necessário haver uma Emenda Constitucional, pois esse “é o caminho normal que a lei maior estabelece para a introdução de novas regras ou preceitos no texto da Constituição”.⁴⁷⁹ Ela serve para atender as necessidades da sociedade podendo criar, modificar ou suprir alguma norma constitucional.

A Emenda à Constituição tem como finalidade modificar em um determinado ponto a Constituição, com a observância de certos requisitos estabelecidos pelo constituinte originário, quais sejam: as limitações procedimentais (formais), circunstanciais e materiais.

Para propor uma Emenda à Constituição é necessário

Um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, por maioria relativa de seus membros.⁴⁸⁰

Para que uma emenda seja inserida na Constituição é indispensável um processo legislativo especial e solene, por isso a Constituição Federal é considerada rígida, já que para haver essa alteração é necessário que a proposta seja

Discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros de cada uma delas.⁴⁸¹

Para que haja a aprovação de tal proposta são necessários 308 votos na Câmara dos Deputados e 49 no Senado Federal, uma porcentagem considerada alta. Com isso, evita-se que uma emenda à Constituição seja comum ou que se torne corriqueira, garantindo, dessa forma, a estabilidade constitucional.

⁴⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 212.

⁴⁸⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014. p. 454.

⁴⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. p. 28.

Tais procedimentos concernem ao que se entende por limitações formais, pois “referem-se aos requisitos do processo legislativo (art. 60, I, II e III, § 2º, 3º e 5º)”.⁴⁸² Ou seja, essa limitação explica como será o procedimento para haver uma Emenda Constitucional: quem poderá propor, quantos votos serão necessários para a sua aprovação e caso a matéria proposta seja rejeitada não poderá ser novamente apreciada na mesma sessão legislativa.⁴⁸³

Já as limitações circunstanciais “referem-se à impossibilidade de alteração da Constituição em determinados períodos”⁴⁸⁴ como “na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”.⁴⁸⁵

É necessário haver essa limitação, pois em um momento de instabilidade e tensão “os membros do órgão reformador estarão sob coação ou sob violenta emoção”⁴⁸⁶ e uma modificação à Constituição necessita que o momento seja de “serenidade, estabilidade e equilíbrio”⁴⁸⁷ para que nem um fator externo interfira na decisão de emendá-la.

Os limites materiais tratam da matéria que o poder constituinte derivado não pode abolir ou modificar para pior, são conhecidas também como Cláusulas Pétreas. As cláusulas pétreas (limites materiais) podem ser explícitas ou implícitas.

As cláusulas pétreas explícitas estão elencadas no § 4º, art. 60 da Constituição Federal de 1988. São elas: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

Já as cláusulas implícitas são limitações materiais que não estão elencadas no art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988, mas estão implicitamente espalhadas por toda a Carta Maior.

Essas cláusulas são invioláveis e intangíveis. Ao tentar inserir uma emenda à Constituição é necessário que se verifique o teor de tal proposta, pois se ela violar alguma cláusula pétrea se torna inconstitucional e não poderá ser implementada na Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴⁸² KIMURA, Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Juarez de oliveira, 2005. p. 339.

⁴⁸³ Por sessão legislativa entende-se que é o período anual em que o Congresso Nacional se reúne, compreendido entre 2 de fevereiro a 22 de dezembro com um recesso entre 18 a 31 de julho, de acordo com o art. 57 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴⁸⁴ KIMURA, Alexandre Issa, op. cit., p. 339.

⁴⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. p. 28.

⁴⁸⁶ PEDRA, Adriano Sant’Ana, op. cit., p. 91.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 91.

As cláusulas pétreas servem como limitação fixada pelo poder constituinte originário ao poder constituinte reformador ou derivado que consiste na vedação de elaboração de qualquer emenda constitucional tendente a abolir o cerne dos assuntos elencados no art. 60 § 4º (cláusulas pétreas explícitas) da Constituição Federal de 1988.

Para Adriano Sant'Ana Pedra

As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou cause ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia de permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais.⁴⁸⁸

Contudo uma simples mudança na redação de um dispositivo tido como imutável não o torna inconstitucional, pois “a cláusula pétrea não tem como escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios nele modelados”⁴⁸⁹, ou seja, o seu núcleo. Dessa maneira, uma proposta de emenda que visa ampliar ou melhorar as cláusulas pétreas é admissível, assim como também é permitido emenda que venha suprir algum elemento que faça parte de uma cláusula pétrea, mas que não atinja sua essência.

Nas palavras de Paulo Gonet

Diz-se que, conquanto fique preservado o núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos.⁴⁹⁰

Em suma, o constituinte originário quis preservar certos direitos aos cidadãos tidos por ele como essenciais tornando-os inalteráveis para o constituinte derivado ou reformador. Porém, a mera alteração na redação de uma cláusula pétrea bem como a supressão de elementos circunstanciais não torna a proposta de emenda inconstitucional. O que não pode ocorrer de maneira nenhuma é alteração no sentido da norma ou emenda que modifique o seu núcleo essencial.

Esse núcleo essencial é “aquilo que neles [nos princípios estruturais] constitui a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes”.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ PEDRA, Adriano Sant'Ana, op. cit., p. 94.

⁴⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.122.

⁴⁹⁰ Ibid., p.122.

⁴⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.123. apud NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional?. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 199, p. 48. jan./mar. 1995.

Dessa forma, ao propor uma Emenda Constitucional o que primeiramente deve ser observado é se tal proposta não violaria o núcleo essencial de nenhuma cláusula pétrea.

Destarte, para inserir uma Emenda Constitucional com o fito de implementar o instituto *Recall* na Constituição da República Federativa do Brasil, faz-se necessário analisar separadamente cada Cláusula Pétrea, a fim de verificar se tal proposta de emenda fere alguma delas.

A primeira a ser analisada é a cláusula que versa sobre a Forma Federativa do Estado. Essa cláusula expressa a ideia de que a forma federativa do Estado elaborado pela Lei Maior não pode se dividir em

Uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competência entre o governo central e os locais, consagrada na Lei Maior, onde os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão.⁴⁹²

Uma das finalidades do *recall* é a aproximação do representado com o seu representante como mecanismo de controle do cidadão sobre o mandatário em relação aos seus atos. O *recall* não tem nenhum propósito de transformar o Brasil em estado único ou sem repartição de competências.

Também não pode haver uma Emenda Constitucional para modificar a forma do voto. Ele deve ser direto, secreto, universal e periódico.

Direto pelo fato que cada cidadão devidamente alistado tem direito de votar impedindo assim que as eleições sejam indiretas.⁴⁹³ O voto ser secreto exprime a ideia que o cidadão não pode ser obrigado a revelar seu voto para ninguém, a fim de evitar qualquer perseguição política ou coerção.⁴⁹⁴ A universalidade do voto tem por objetivo dá a oportunidade a todos os indivíduos “aptos para participar do processo eleitoral”⁴⁹⁵ a votarem. O voto é periódico, visto que, de tempos em tempos há eleições, sendo assim recorrentemente o cidadão volta as urnas para votar, de modo que, os cargos políticos não podem ser vitalícios ou hereditários.⁴⁹⁶

A instauração do *recall* não faz com que o voto deixe de ser direto, secreto, universal e nem periódico.

O *recall* é um instituto que também permite ao cidadão exercer a sua cidadania só que de outra forma. Aqui o eleitor não estará votando para escolher entre os vários candidatos

⁴⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 125.

⁴⁹³ Ibid., p.125.

⁴⁹⁴ Ibid., p.125.

⁴⁹⁵ Ibid., p.126.

⁴⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p.126.

aquele que mais lhe transmitir confiança para ocupar um determinado cargo político, mas sim votando pela continuidade ou não do seu mandato. Dessa forma, o *recall* não interfere na maneira em que o voto ocorre.

O Estado se organiza em Judiciário, Legislativo e Executivo, de forma que, uma “emenda que suprima a independência de um dos Poderes ou que lhe estorve a autonomia é imprópria”.⁴⁹⁷

A simples positivação do *recall* no sistema jurídico brasileiro faz com que o eleitor, por saber que tem essa “arma nas mãos”, passe a fiscalizar os atos dos seus representantes, pois este tem o poder para quando estiver insatisfeito com os atos daquele pedir a revogação do seu mandato. Assim sendo, o *recall* não interfere em nada na autonomia ou na independência dos poderes.

Por fim, tem-se a cláusula que preserva os Direitos e Garantias Individuais. Essa cláusula expressa o direito à proteção jurídica de cada indivíduo como ser humano. “Esses direitos e garantias individuais protegidos são os enumerados no art. 5º da Constituição e em outros dispositivos da Carta”.⁴⁹⁸

O *recall* não tem como finalidade abolir os direitos e garantias fundamentais, pelo contrário, ele proporciona ainda mais direito ao cidadão, visto que além de escolher seu representante, o eleitor através desse instituto, também terá o poder de destituí-lo. Isso gera um avanço na qualidade da cidadania dos indivíduos ao passo que o *recall* faz com que os eleitores tenham mais interesses por assuntos relacionados à Administração Pública, tornando-se mais esclarecidos.

Essas cláusulas elencadas são as cláusulas pétreas explícitas. Mas há também as cláusulas pétreas implícitas, apesar de autor, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, discordar com a existência desse tipo de cláusula, pois para ele “difícil é admitir que o constituinte ao enunciar o núcleo intangível da Constituição o haja feito de modo incompleto, deixando em silêncio uma parte dele”.⁴⁹⁹

Para ele não existe cláusula pétrea implícita, já que não faz sentido o constituinte originário elencar um rol de algumas cláusulas pétreas e deixar de mencionar outros.

Já Paulo Gonet⁵⁰⁰ explica que, para outros doutrinadores, o rol de cláusulas pétreas vai além do que consta o art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988. Para esses, o

⁴⁹⁷ Ibid., p.126.

⁴⁹⁸ Ibid., p.126.

⁴⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 202, p. 14, out./dez. 1995.

⁵⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 127.

constituinte originário deixou uma “lacuna de formulação” ao elaborar o referido parágrafo, pois nele também deveria conter, por exemplo, os direitos sociais.

Os direitos e garantias individuais são espécies do gênero de direitos fundamentais assim como os direitos sociais, entendendo, dessa forma, por analogia que esses também seriam cláusulas pétreas, só que implícitas, por não constar no rol do § 4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988.

Para os defensores dessa ideia além dos Direitos Sociais, que vão do art. 6º ao 11º, também é considerada cláusula pétrea o art. 208, inciso I, que trata da gratuidade obrigatória da educação básica, sendo todos os artigos citados da Constituição Federal de 1988.⁵⁰¹

Dessa forma, o *recall* não as fere, pois como foi exposto tal mecanismo possui basicamente três finalidades: primeiro ele dá mais poder ao eleitor, para além de conceder um mandato político, ele revogar o mesmo; segundo ele é um instrumento de controle, pois permite ao eleitorado controlar os atos dos seus representantes; terceiro é limitador, já que, os representantes políticos sempre estão agindo com mais responsabilidade e prudência para que os eleitores não invoquem esse instrumento. Destarte, não ferindo nenhum Direito Social e nem a gratuidade obrigatória da educação básica.

CONCLUSÃO

O trabalho exposto teve como objetivo estudar a possibilidade de implementação do *recall* na Constituição da República Federativa do Brasil. O mesmo foi construído com base em pesquisa nos livros doutrinários, artigos científicos, tese de doutorado e sites relacionados ao assunto com o objetivo de que todas as dúvidas fossem esclarecidas e o problema solucionado.

Para encontrar a resposta do problema levantado foi feito uma exposição acerca do *recall* a fim de entender como esse mecanismo funciona, para que serve e como sua implementação no sistema jurídico brasileiro ocorreria. Entretanto, pelo fato do *recall* se tratar de um instituto com a finalidade de revogar mandato de um representante político não tinha como estudá-lo sem antes entender o que significa mandato político e representação política.

⁵⁰¹ Ibid., p. 127.

Na origem do seu nome, mandato significa o ato de “dar as mãos”, onde uma pessoa dá a outra uma obrigação e essa ao aceitar esse dever deve-lhe ser fiel e leal ao compromisso firmado.

Essa obrigação dada é um mandato político e no momento em que o mandato é outorgado àquele que era antes apenas um candidato político esse passa a ser representante do seu mandatário nas suas tomadas de decisões públicas, deixando seu interesse pessoal de lado e passando a tomar decisões em benefício dos seus representados.

Dessa forma, a representação política é o ato de representar alguém ausente em determinadas atividades. Contudo, essa representação só dura um determinado período de tempo.

Ao entender o que é mandato e representação política foi analisado o *recall*, sua origem, definições, finalidades, utilização e seus aspectos negativos e positivos. Foi abordado também o *recall* no Brasil, suas tentativas de implementação no sistema jurídico brasileiro, tendo como base a constituinte de 1988 e uma nova proposta de implementação foi sugerida.

Foi no início do século XX, em localidades dos Estados Unidos da América do Norte, que surgiu o instituto chamado *recall*, com o objetivo de conter a corrupção e irresponsabilidade de autoridades públicas e magistrados, além da intenção de acabar com a influência que grupos empresariais tinham sobre esses.

Esse mecanismo foi empregado inicialmente só em pequenos Municípios, mas logo em seguida grandes Municípios e até Estados adotaram esse instituto nas suas Leis Orgânicas e Constituições Estaduais, respectivamente. Nos dias de hoje o *recall* está presente em dezenove Estados estadunidenses mais o Distrito de Columbia.

O *recall* serve para destituir e logo em seguida substituir uma autoridade pública, seja ela estadual ou municipal, porém sendo mais utilizado nessa última esfera.

Nos Estados Unidos o *recall* também é utilizado para revogar decisão judicial que tenha negado aplicação de lei proferida por juiz monocrático ou de segundo grau de jurisdição. O termo *recall* também é utilizado no Direito do Consumidor, consistindo na retirada de circulação de um produto considerado defeituoso pelo seu fabricante. Porém o *recall* com essas finalidades não foram objetivo de estudo nesse trabalho.

Nessa pesquisa foi estudado apenas o *recall* como sendo um instrumento pertencente a democracia indireta (ou representativa) que permite ao eleitor destituir o mandato político

do seu representante, que está sendo desleal e desonesto com as suas promessas e com os cidadãos, antes da extinção do seu mandato por tempo normal.

A utilização desse mecanismo consiste em duas fases. A primeira fase versa em ser recolhida uma quantidade mínima de assinaturas, requerendo a abertura de uma eleição para o *recall* mediante caução em dinheiro para pagar as despesas dessa eleição, caso o representante que está sendo submetido ao *recall* permaneça no cargo. Validando as assinaturas e recolhendo a caução a segunda fase é instaurada, momento em que ocorre a eleição do *recall*.

Muitos são os pontos negativos e positivos do *recall*, dessa maneira, a título de curiosidade, foi apresentado no trabalho os aspectos negativos e positivos desse instituto.

Os aspectos desfavoráveis levantados pelos críticos giram em torno de que: o *recall* se assemelhar muito com o mandato imperativo; ele ir contra o homem detentor do mandato e não contra os seus atos; gerar muita instabilidade governamental; ser um instituto muito dispendioso para o Estado e Município; a falta de capacidade do cidadão para utilizar tal mecanismo; o instituto ir contra os princípios republicanos de tempo e independência; sua eleição causar tumultos na comunidade, além de ser injusta, já que, não ocorrem debates sobre as acusações que o detentor do mandato está sofrendo.

Já os aspectos a favor do mecanismo giram em torno de defender que o mesmo: possui o condão de fazer com que os representantes se tornem mais competentes; antecipar a saída do representante político que está sendo irresponsável, incompetente e desonesto; aumenta a eficiência do serviço público; aproxima o representado das questões públicas relevantes; ser uma alternativa ao *impeachment*; possuir um elevado nível de participação do eleitor, além de servir como um instrumento de controle.

Foram feitas algumas tentativas de implementação muito semelhantes ao instituto *recall* desde o nascimento da Constituição Federal de 1988, como: a proposta do Voto Destituente sugerida na Constituinte de 1988 tecida por Michel Temer e pelo Deputado Constituinte Lysâneas Maciel; a Proposta de Emenda Constitucional nº 0073/2005 apresentada pelo Senador Eduardo Suplicy por conta da veiculação de uma Campanha Nacional lançada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) visando a Defesa da República e da Democracia; e a Proposta de Emenda Constitucional nº 21/2015 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares.

Uma nova proposta de implementação do instituto foi apresentada, nesse trabalho, com o objetivo de viabilizar o *recall* no Brasil.

Inicialmente, seria preciso haver uma emenda constitucional alterando o art. 14 da Constituição Federal de 1988 para positivar o instituto. Em seguida, uma lei nacional deveria ser elaborada para regulamentar tal mecanismo, estabelecendo as regras de sua aplicação, como o quórum mínimo necessário para a sua utilização, a delimitação de quem pode ser submetido ao *recall*, o seu procedimento de instauração, como seria feita a escolha do substituto daquele que fora destituído, o momento em que pode e que não pode realizar essa eleição, as hipóteses que permitirão o emprego desse artifício e a exigência de uma caução em dinheiro como instrumento de barreira para que o *recall* não seja utilizado de maneira banal.

Contudo, o *recall* só pode ser inserido na Constituição da República Federativa do Brasil através de uma Emenda à Constituição. Por isso, não teria como achar a resposta à questão inicial sem antes entender o que é Emenda Constitucional, dando ênfase as Cláusulas Pétreas, que foram analisadas de forma separada, pois é através delas que se pode saber se o mecanismo estudado é capaz de ser inserido na Carta Maior.

Por Emenda Constitucional entende-se que seja um mecanismo capaz de alterar em certo ponto a atual Constituição Federal. Tudo que for alterado na Carta Maior é modificado através de uma emenda que deve sempre obedecer aos requisitos estabelecidos pelo constituinte originário que se encontram na própria Constituição.

Os requisitos estabelecidos pelo constituinte originário são limitações formais, circunstanciais e materiais.

As limitações formais descrevem o procedimento legislativo que uma emenda deve seguir. As circunstanciais delimitam os momentos em que não pode ocorrer uma Emenda Constitucional. Já as limitações materiais expressam a ideia sobre quais assuntos não podem haver modificações. Os assuntos imodificáveis são chamados de Cláusula Pétreas, questão central do problema desse estudo.

As Cláusulas Pétreas são barreiras delimitadas pelo poder constituinte originário ao poder constituinte reformador com a finalidade de salvaguardar certos direitos aos cidadãos, além de garantir a estabilidade constitucional. Ao petrificar certos assuntos o constituinte originário quis garantir que os núcleos dessas normas fossem inalteráveis.

As limitações materiais, Cláusulas Pétreas, são elucidadas no art. 60 §4º da Constituição Federal de 1988, que são: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. Essas cláusulas por estarem expressamente estabelecidas são chamadas de

cláusulas pétreas explícitas. Há também as cláusulas pétreas implícitas, que são cláusulas que não se encontram expressamente estabelecidas nesse rol, mas que se situam, implicitamente, em outros pontos da Carta Maior, como os Direitos Sociais.

Ao ser analisado individualmente cada Cláusula Pétrea restou-se concluído que o *recall* não fere nenhuma delas. Tal mecanismo tem como função controlar os atos do representante político e limitar o uso desmedido do seu poder, mas mais do que isso, esse instituto aproxima o eleitor do eleito, o representado do seu representante. Além de fazer com que o cidadão tenha mais interesse pela Administração Pública por saber que tem essa “arma na mão”, já que por meio de iniciativa e decisão sua pode a qualquer momento destituir um representante público que não está mais sendo-lhe leal e fiel, sem que seja necessário esperar até as próximas eleições para que o mesmo desocupe o cargo.

O instituto proposto não interfere na forma federativa do Estado, nem na maneira que o voto ocorre, não visa a separação dos Poderes e continua assegurando os direitos e garantias individuais, além de não interferir em nenhum Direito Social.

Dessa forma, o instituto norte-americano conhecido como *recall*, pode ser visivelmente implementado através de uma Emenda Constitucional à Constituição da República Federativa do Brasil sem nenhum óbice para que se possa usá-lo sempre que for julgado necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1973.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. ver. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Sistemas eleitorais x representação política**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.

CRONIN, Thomas E. **Direct democracy: the politics of the initiative, referendum and recall**. Cambridge MA: Harvard University Press, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Dicionário Moderno dicionário inglês-português, português-inglês. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

EKIRCH JR., Arthur A. **A Democracia Americana: teoria e prática**. Tradução de Álvaro Cabral e Constantino Paleólogo. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez. 1995.

FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais de Direito Constituição Moderno**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

GARCIA, Maria. Os Poderes do mandato e o recall. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.50, jan./mar. 2005.

HOURIOU, André. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Traducción castellana, adaptación y apéndice a cargo de José Antonio Gonzáles Casanova. Barcelona: Ediciones Ariel, 1971.

KIMURA, Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

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

PEDRA, Adriano Sant'Anna. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universidade, 1991.

TEMER, Michel. **Democracia e cidadania**. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

TRIGUEIRO, Osvaldo. **O regime dos Estados na união americana**. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Americana, 1942.

URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. **O referendo: perfil histórico-evolutivo do instituto; configuração do referendo em Portugal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

Documentos Eletrônicos

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-74.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

LEGISLATURES, National conference of state. **Recall of State Officials**. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>>. Acesso: 08 mar. 2017.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.709, de 18 de Novembro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm>. Acessado em: 16 jun. 2017.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda Constitucional 21/2015**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3037577&disposition=inline>>. Acessado em: 16 jun. 2017.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda Constitucional 73/2005**. Disponível em:
<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3050809&disposition=inline>>.

Acessado em: 23 mar. 2017.

AS IMPLICAÇÕES SOBRE O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO À
LUZ DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO
**THE IMPLICATIONS ON THE AGREEMENT OF LENIENCE OF THE
ANTICORRUPTION LAW IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF THE
SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST**

Marina Bezerra Lopes⁵⁰²

RESUMO

O objetivo geral deste trabalho é realizar uma análise do acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846/2013, a fim de identificar se atende ou não ao princípio administrativo da supremacia do interesse público. Conhecida também como Lei Anticorrupção, imputa a responsabilização objetiva às pessoas jurídicas que praticarem atos ilícitos em face da Administração Pública Nacional ou Estrangeira. O acordo de leniência é instituto que concede a possibilidade de as empresas infratoras, em troca de colaboração com as investigações e com o processo administrativo, receberem atenuação ou isenção das sanções administrativas e judiciais cabíveis. É em razão destas atenuações e isenções que foi realizada a análise a que se destina esse artigo. Para melhor esclarecimento do tema, iniciou-se efetuando uma abordagem acerca do princípio da supremacia do interesse público. Em seguida, foram explanados alguns pontos importantes da Lei Anticorrupção, como o histórico e a origem, o objetivo, a aplicabilidade, dentre outros. Posteriormente, foi apresentado o acordo de leniência, sendo retratado seu histórico, seus requisitos, seus benefícios. Por fim, foi realizada a análise deste instituto à luz do princípio da supremacia do interesse público, a fim de se saber se tal princípio é observado ao se conceder, em troca de informações que possam responsabilizar outros envolvidos, benefícios que reduzem a punição das empresas lesadoras dos cofres públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticorrupção. Acordo de Leniência. Princípios Administrativos. Princípio da Supremacia do Interesse Público.

ABSTRACT

The general objective of this work is to carry out an analysis of the leniency agreement provided for in Law n. 12.846 / 2013, in order to identify whether it meets the administrative principle of the supremacy of the public interest. Known also as Anti-Corruption Law, it impute objective accountability to legal entities that engage in illegal acts in the face of the National or Foreign Public Administration. The Leniency Agreement is an institute that grants the possibility that the infringing companies, in exchange for collaboration with the investigations and the administrative process, receive mitigation or exemption from the applicable administrative and judicial sanctions. It is because of these mitigations and exemptions granted that was made to the analysis for that monograph. In order to clarify the subject, it began by approaching principles in the legal system, especially administrative principles. Then, some important points of the Anti-Corruption Law were explained, such as the history and the origin, the objective, the applicability, among others. Subsequently, the leniency agreement was presented, its history, its requirements and its benefits being portrayed. Finally the analysis of this institute was carried out in the light of the principle of supremacy of the public interest, in order to know if such principle is observed when granting,

502 Artigo apresentado no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Daniel Gustavo Falcão.

in exchange for information that may hold others involved, benefits that reduce the punishment of the companies that hurt the public coffers.

KEYWORDS: Anti-Corruption Law. Leniency Agreement. Administrative Principles. Principle of Supremacy of Public Interest.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, o tema corrupção é pauta diária na vida dos brasileiros. Não raras vezes há notícias sobre o tema, relatando o envolvimento de empresas, políticos, servidores públicos e particulares em atos corruptos.

O Brasil, aliás, atualmente, se encontra dentre os 100 países mais corruptos do mundo, tendo um déficit de aproximadamente R\$69,1 bilhões em seus cofres públicos em decorrência de atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, conforme informações disponibilizadas pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e pela ONG Transparência Internacional (FIESP, 2010, p. 4). Tais fatos demonstram a importância e a necessidade de se tomar medidas que visem à redução desse mal social.

Já existiam, no ordenamento jurídico brasileiro, outras leis para coibir a corrupção, como o Código Penal, a Lei de Ação Popular, a Ação Civil Pública e a Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92. Esta última colaborou de forma significativa na punição de atos corruptos. Porém, a lei de improbidade prevê a punição apenas de pessoas físicas. Ou seja, inexistia a previsão de responsabilização de pessoas jurídicas contra atos de corrupção na legislação brasileira.

Nesse intuito, e com o fim de atender a acordos internacionais de combate à corrupção, o Congresso Nacional aprovou a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), que imputa a responsabilização objetiva administrativa e civil às pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos em face da Administração Pública Nacional ou Estrangeira, responsabilização esta que inexistia no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre as previsões desta nova lei está o acordo de leniência, que pode ser celebrado entre a Administração Pública e as empresas infratoras que colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, a fim de se obter informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração e, por consequência, se identificar outros possíveis envolvidos.

Aludido acordo reflete inúmeros benefícios para as empresas colaboradoras, dentre os quais, encontram-se a isenção da sanção administrativa de publicação extraordinária da condenação e da sanção judicial de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções,

doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas, bem como a redução da possível multa administrativa aplicável.

Entretanto, no Direito Administrativo, não existia a possibilidade de o Estado realizar acordos e transações com pessoas que cometessem ilícitos contra a Administração Pública. A própria lei de improbidade administrativa veda a realização de transações, acordos ou conciliações. Primeiramente por causa do princípio da legalidade, uma vez que não existia previsão legal, e, também, por que se afirmava que diante da indisponibilidade do interesse público, não se poderia negociar os direitos da Administração Pública, uma vez que o administrador é mero gestor da coisa pública.

Dessa forma, o presente estudo tem por objetivo geral efetuar uma análise entre o acordo de leniência e o princípio da supremacia do interesse público, a fim de que se obtenha resposta a seguinte pergunta: em que medida a realização de acordos de leniência da Lei Anticorrupção observa a supremacia do interesse público ao conceder benefícios que reduzem a punição das empresas que cometem ilícitos contra a Administração Pública?

Com isso, será possível identificar se o acordo contribui, de fato, com os propósitos da Lei n. 12.846/13, atendendo ao interesse público, ou se é apenas mais uma forma de propiciar a impunidade ou possível redução das penalidades aos envolvidos em atos lesivos à Administração Pública.

A hipótese é a de observância do princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista que o acordo de leniência tem por fim acessar um nível de informação muito maior do que em investigações tradicionais, com um custo muito menor, identificar outros envolvidos no cometimento de ilícitos e fazer com que os prejuízos causados à Administração Pública sejam devidamente restituídos.

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da supremacia do interesse público é tido como um dos princípios fundamentais que orientam a atividade administrativa. Tal afirmação é observada, em especial, nas inúmeras prerrogativas concedidas à Administração Pública quando da sua atuação. É em razão dessas prerrogativas que o Poder Público é visto em posição de superioridade em relação aos indivíduos. Diz-se, portanto, que a relação jurídica entre a Administração Pública e o particular é dotada de verticalidade, ou seja, uma desigualdade, diferente do que ocorre nas relações entre os particulares, em que ambos se encontram em uma situação de horizontalidade (igualdade) (MARTINS JUNIOR, 2014, p. 509; DI PIETRO, 2015, p. 99).

Referido princípio é considerado verdadeira premissa reconhecida pelo Direito Público moderno, porque, como exposto anteriormente, relata a posição de superioridade do interesse público em relação aos particulares, pressuposto indispensável para que se possa garantir uma ordem social estável (MELLO, 2015, p. 99).

Em razão dessa supremacia, mesmo quando atividades administrativas são desenvolvidas com o fim de obter algum interesse estatal imediato, o fim último da atuação deve estar voltado aos interesses da coletividade, porque esta é o destinatário final de toda e qualquer atividade administrativa, e não aos interesses privados (CARVALHO FILHO, 2016, p. 34).

Para Di Pietro (2015, p. 99), este princípio deve, portanto, ser observado “tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”. Ainda segundo a autora, no que se refere a influência quando da elaboração da lei, as normas de direito público embora sejam criadas para proteger reflexamente o interesse individual, tem como objetivo primordial o interesse público, o bem-estar da coletividade.

Para elucidar referida superioridade do interesse público, em especial quando em conflito com o interesse privado, pode-se citar como exemplo a desapropriação e a requisição, previstas no art. 5º, inciso XXIV e XXV, respectivamente, da CF⁵⁰³. Em razão destes institutos, o Poder Público pode desapropriar ou requisitar um imóvel de particular quando a necessidade pública ou o interesse social forem relevantes. Outro exemplo é encontrado na Lei n. 8.666/93, em especial no art. 65, inciso I, ao prescrever que os contratos administrativos celebrados com os particulares podem ser alterados unilateralmente pela Administração⁵⁰⁴. Além dessas hipóteses citadas, a doutrina aborda outros casos em que se vê cristalina a aplicação deste princípio, como na presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; na concessão de prazos maiores em processos judiciais; nos prazos especiais de prescrição das ações em que é parte o Poder Público e no exercício da atividade do poder de polícia (MELLO, 2015, p. 71; CARVALHO FILHO, 2016, p. 34).

Importante observar que, apesar de conceder prerrogativas, tal princípio também vincula a Administração Pública quando da aplicação da lei, porque se a lei dá ao

⁵⁰³ Art. 5, incisos XXIV e XXV: “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”.

⁵⁰⁴ Art. 65 - “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração”.

administrador, por exemplo, o poder de desapropriar, este deve utilizá-lo tendo em vista o interesse social, e nunca para prejudicar um inimigo, beneficiar um amigo, ou para prevalecer um interesse individual (DI PIETRO, 2015, p. 100).

É justamente em razão disso que o particular pode buscar o judiciário nos casos em que as prerrogativas forem mal exercidas, conforme leciona Mello:

Em todos os casos, a ameaça ou a incorreta utilização de quaisquer destas prerrogativas podem ser judicialmente corrigidas, preventiva ou repressivamente, conforme o caso, sobretudo pelo habeas corpus, quando ofensivas à liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da Constituição), e nos demais casos pelo mandado de segurança individual, ou coletivo se for a hipótese (art. 5º, LXIX e LXX), ou mesmo por medidas possessórias, tratando-se de defender ou retomar a posse. (2015, p. 100)

Sobre o tema, Carvalho Filho (2016, p. 35) faz importante comentário ao alegar que atualmente alguns autores afirmam inexistir a existência do princípio em foco sob o argumento de que, com suporte em direitos fundamentais, inúmeras vezes ocorre a primazia de interesses privados sobre o público. Contudo, o próprio autor refuta tal argumento:

Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias (2016, p. 35).

Por evidente que o princípio não suprime direitos fundamentais, pelo contrário, convive em harmonia com estes. Quando da existência de um possível conflito, deve ser aplicada a técnica da ponderação para solucioná-lo no caso concreto, mas sempre levando em consideração que Administração Pública tem por finalidade efetivar justamente os direitos fundamentais de toda a coletividade, e não apenas de determinada parcela da população (CARVALHO FILHO, 2016, p. 35). É em razão disso que o autor ainda afirma que o princípio da supremacia do interesse público “é corolário natural do regime democrático, axioma do moderno Direito Público”.

CRÍTICAS À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A corrente tradicional, majoritária, é a que discorre da supremacia do interesse primário. Porém, também na atualidade, alguns autores modernos vem se contrapondo a essa doutrina tradicional, ortodoxa, contestando a ideia da existência de toda essa supremacia, quase que

absoluta, do interesse público sobre o interesse privado. Sobre o próprio conceito de interesse público.

Esses autores críticos dessa supremacia formam uma segunda corrente, minoritária, em termos de quantidade de pessoas, mas composta por juristas de grande importância no cenário nacional, Humberto Ávila, que foi um dos primeiros a realizar essa discussão, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbom. No entanto, o foco aqui será tratado em Humberto Ávila.

É importante ressaltar, de início, que a Constituição da República Federativa do Brasil não prevê expressamente a supremacia do interesse público. Tem-se um princípio implícito, não obstante toda a sua importância para o Direito Administrativo.

De acordo com Humberto Ávila (2007, p. 1-8) para o qual “a atividade administrativa (e a interpretação das normas de Direito Público, especialmente de Direito Administrativo), não pode ser exercida sob o influxo” do princípio da supremacia do interesse público.

Como ponto de partida, o doutrinador levanta dois interessantes questionamentos: primeiro, se poderia este princípio ser “descrito como um princípio jurídico instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro vale dizer, como uma norma-princípio”; e, por segundo, se poderia este ser “descrito como um princípio estrutural ou condição para a explicação do Direito Administrativo, isto é, como um postulado normativo” (ÁVILA, 2007, p. 3).

Preliminarmente, como fundamento para sua crítica, Humberto Ávila (2007, p. 3-9) situa o tema ao abordar os princípios em geral, como axioma, postulado e norma.

Como axioma, um princípio denota “uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prova-la” (ÁVILA, 2007, p. 4).

Postulado, por seu turno, traduz-se em “condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento” (EISLER, 1994 *apud* ÁVILA, 2007, p. 5). Não oferecem argumentos substanciais os postulados, a fim de se fundamentar uma decisão, “mas apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito” (ALEXY, 1995 *apud* ÁVILA, 2007, p. 5).

Por fim, princípio como norma traduz-se em “conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite”. Seu fundamento de validade é extraído do direito positivo, expressa ou implicitamente. “Caracteriza-se estruturalmente por ser concretizável em vários graus: seu conteúdo depende das possibilidades normativas advindas dos outros princípios, que podem derogá-lo em determinado caso concreto” (ÁVILA, 2007, p. 6).

Com efeito, os princípios “instituem razões *prima facie* de decidir”, diferentemente das meta-normas de validade. “Os princípios servem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito. Deles decorrem, direta ou indiretamente, normas de conduta ou instituição de valores e fins para a interpretação e aplicação do Direito” (ÁVILA, 2007, p. 6).

Destaca-se:

O importante é que uma relação de prevalência (“Vorrangrelation”) entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional (“bedingte Vorrangrelation”) entre as normas-princípios envolvidas: a norma-princípio “A” sobrepõe-se à “B” sob determinadas condições “X”, “Y” e “Z” (ÁVILA, 2007, p. 7).

O autor (ÁVILA, 2007, p. 28) entende que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado “não é, rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio”. Conceitualmente, não é uma norma-princípio, em razão de possuir “apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas”. Normativamente, não é uma norma-princípio, pois “não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente”.

Conceitualmente e normativamente, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não pode descrever uma relação de supremacia: “se a discussão é sobre a função administrativa, não pode ‘o’ interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados” (ÁVILA, 2007, p. 28).

Para responder ao segundo questionamento, ainda, o administrativista assenta não ser este princípio um postulado explicativo do Direito Administrativo, porque (i) “não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público”; e (ii) “não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um ‘princípio abstrato de supremacia’ teríamos ‘regras condicionais concretas de prevalência’ (variáveis segundo o contexto)” (ÁVILA, 2007, p. 28).

A LEI ANTICORRUPÇÃO - LEI N. 12.846/13

O desenvolvimento de um país se baseia nos recursos públicos direcionados aos serviços de educação, segurança, saúde, entre outros. Todavia, o supracitado progresso é fortemente prejudicado diante do fenômeno da corrupção, o qual está presente em todo o mundo (BITTENCOURT, 2014, p. 19).

No Brasil, encontra-se presente desde a época da colonização, quando a coroa portuguesa não estava disposta a se mudar para o país, e por esse motivo transferiu a terceiros

as funções de ocupar e organizar as terras brasileiras. Desta maneira, para convencer os portugueses a virem para cá, foram oferecidas vantagens, entre elas a de trabalhar sem vigilância, dando margem ao início da corrupção.

Expressão oriunda do latim, a palavra corrupção possui como definição “[...] ação de depravar, destruir ou adulterar” (BITTENCOURT, 2014, p. 17), sendo conceituada como “toda e qualquer vantagem obtida pelos agentes públicos no exercício das funções que cause prejuízo aos bens, serviços e interesses do Estado” (LIVIANU, 2006, p. 31).

A corrupção está diretamente relacionada às fragilidades dos valores éticos de cada sociedade, uma vez que refletida sob a conduta do agente público, e esse representando alto nível de hierarquia, acaba disseminando esse tipo de conduta ao resto do povo (GARCIA; ALVES, 2002, p. 4).

Desta maneira, a corrupção afronta o sistema democrático vigente no país e acarreta a ideia de que nossos representantes são desonestos, fazendo surgir a necessidade de normas que evitassem atos que fizessem o país regredir, e punissem os responsáveis por tais atos.

Constituído principalmente pelo desvio de poder e enriquecimento ilícito, o ato de corrupção é configurado pelo Código Penal - Decreto Lei n. 2.848/40 - como crime qualificado, sendo classificado em ativo ou passivo (BITTENCOURT, 2014, p. 17).

Considerada corrupção ativa nos casos em que “[...] o corruptor oferece a funcionário público alguma vantagem, para que este retarde, pratique ou omita ato de ofício.” (BITTENCOURT, 2014, p. 17), e passiva quando o requerimento de receber vantagem parte do próprio funcionário seja direta ou indiretamente (BITTENCOURT, 2014, p. 17).

Além do Código Penal, surgiram no direito brasileiro diversas normas com o objetivo de confrontar a corrupção, entre elas é importante citar a Lei da Ação Popular, que “instrumentalizou o controle popular dos atos administrativos, por intermédio da provocação ao judiciário” (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 31), ou seja, qualquer cidadão estaria apto a propositura da ação civil em face de atos lesivos ao patrimônio público.

Vale destacar também a Lei da Ação Civil Pública, n. 7.342/85, a qual “disciplinou a propositura de ações para a defesa de interesses transindividuais.”, possibilitando maior eficiência no combate às práticas de corrupção, por meio da investigação do estado (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 33-35). Entretanto, a norma brasileira que apresentou considerável avanço na erradicação dos atos corruptos que prejudicam a Administração Pública e os recursos públicos, sem dúvida foi a Lei de Improbidade

Administrativa - Lei n. 8. 429/92. A supracitada legislação veio para dar regulamentar ao artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal, o qual prevê:

§ 4º-Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988).

Sendo assim, a Lei n. 8.429/92 tem como objetivo garantir que as condutas dos agentes públicos praticadas com o propósito de obter vantagem patrimonial indevida, que atinjam algum dos princípios da administração pública ou venham a causar danos ao patrimônio público, sofram as devidas sanções com o intuito de reparar os danos causados e coibir futuros atos ilícitos (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 35).

Desta forma, vislumbra-se a existência de previsão normativa explícita para os casos de improbidade administrativa, sendo considerado “[...] vasto o sistema normativo de proteção ao patrimônio público e aos valores éticos que devem nortear a atuação dos agentes públicos, qualquer que seja a forma de investidura destes” (GARCIA; ALVES, 2002, p. 144).

Todavia, são cada vez mais frequentes as situações que atentam contra a Lei da Improbidade e assim impedem que sua efetivação aconteça da maneira prevista pela norma, fazendo com que a mesma, junto das outras previsões normativas, não seja suficiente para investigar e punir de maneira adequada àqueles que praticam os atos corruptos.

Cominado à crescente improbidade no âmbito da administração pública, tem-se a imposição de sanções de maneira inadequada ou em muitos casos a ausência de imposição, o que acaba diminuindo a credibilidade da norma em decorrência da não eficiência na resolução dos problemas.

Tal situação perturba a sociedade e isso vem aumentando. Atualmente, a corrupção causou muita revolta no povo brasileiro, ficando o ano de 2013 marcado por diversas manifestações sociais, as quais tiveram como estopim o aumento do preço da passagem de ônibus, ficando intitulado como Movimento dos 20 centavos. Entretanto, esse não era o único motivo. A indignação com a Administração Pública brasileira desencadeou diversos protestos em todos os Estados do país, em consequência de problemas socioeconômicos que estavam de encontro aos direitos fundamentais da população⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ Importante salientar que, ainda que muitas das reivindicações requeridas nas manifestações estejam de acordo com os princípios constitucionais, existem àqueles que defendem ideias incoerentes como a intervenção militar e o Impeachment, o que acaba tirando o foco do que realmente é necessário e possível.

Uma das bandeiras defendidas pelos movimentos era a rejeição do Projeto de Emenda Constitucional – PEC 33⁵⁰⁶, a qual tinha como objetivo principal limitar o poder do Supremo Tribunal Federal, submetendo decisões sobre inconstitucionalidade de emendas à Constituição Federal a análise Congresso Nacional.

Ainda, uma das motivações dos protestos de junho de 2013 surgiu com a certeza da realização da Copa do Mundo no ano seguinte, a qual demandou enormes gastos, sendo defendido por parte da população que tal quantia foi má aplicada, porque acreditavam que esses recursos deveriam ser investidos em outros aspectos.

Para atender as reivindicações da população brasileira, foi criado o Projeto de Lei n. 39/2013 o qual tramitou na Câmara dos Deputados de 2010 a 2013, tendo seu texto final sido votado em abril. Foi encaminhado ao Senado Federal em junho de 2013, coincidentemente no ápice dos protestos contra a corrupção da Administração Pública. (RESTREPO, 2013, p. 1).

Tendo sido sancionada em 1º de agosto de 2013, a Lei n. 12.846/13 entrou em vigor no dia 24 de janeiro de 2014 com texto baseado em “[...] documentos internacionais de combate à corrupção - Lei de Práticas Corruptas no Exterior (FCPA, na sigla em inglês), dos EUA, e nas recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico” (BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2013, p.1).

O Foreign Corrupt Practice Act - FCPA - teve sua edição no ano de 1977 e possui como propósito a imposição às pessoas físicas e jurídicas as quais abrange, da “[...] proibição de prática de atos de corrupção ou o pagamento de propinas que atinjam ou beneficiem membros da administração pública de outros países” (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 23). Sendo a primeira legislação americana a considerar como criminoso o ato dos agentes públicos estrangeiros de subornar ou corromper, essa foi oriunda de uma série de tumultos envolvendo empresas norte-americanas (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 23-24).

A edição da FCPA acarretou ao restante da comunidade internacional grande pressão para que fossem criadas medidas com o intuito de punir as empresas pelos atos de seus agentes, o que acabou impulsionando a Convenção da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 25).

⁵⁰⁶ PEC 33: Projeto de Emenda Constitucional que “altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.” (BRASIL, 2011).

O fórum da OCDE foi escolhido para transmitir às outras sociedades a necessidade de coibir os atos corruptos praticados pelos agentes públicos estrangeiros e de responsabilizar as respectivas empresas em razão desses. No fim, ficou acordado que as nações deveriam ser responsabilizadas de acordo com os princípios jurídicos adotados em seus países membros (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 25-26).

Tendo em vista a ineficácia do combate à corrupção e a diferença de aplicação dos tratados internacionais no âmbito interno do país, foi apresentado o Projeto de Lei n. 39/2013 à Câmara dos Deputados, com o propósito de cumprir com os compromissos adquiridos pelo Brasil a partir da ratificação, e que posteriormente deu origem a Lei Anticorrupção (BITTENCOURT, 2014, p. 22).

Mesmo com a existência da previsão normativa, os desvios de comportamento que atingem diretamente a entidade estatal são crescentes, fazendo com que as legislações de combate a corrupção, principalmente a Lei da Improbidade, não sejam suficientes para solucionar o problema da nossa sociedade, motivo esse que originou a Lei em discussão no presente trabalho.

Independente do tipo de corrupção, seja ela política, seja referente a gastos públicos exagerados ou a péssimas condições de trabalho e de saúde pública, tal fenômeno contraria a democracia prevista pela Constituição Federal, motivo esse que nos remete a urgência e importância em encontrar mecanismos para por fim a essa situação, aliando os já existentes aos que estão surgindo para complementar.

O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

No presente capítulo, será apresentado o acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção. Serão abordados alguns pontos específicos a respeito deste instituto jurídico, como seu histórico e origem no âmbito internacional e no Brasil, sua disposição na Lei Antitruste, os requisitos e a competência para celebração, os possíveis benefícios e as consequências do seu descumprimento.

Origem e histórico

O termo leniência advém do latim, “lenitate”, que tem o significado de brandura, suavidade, ternura. No ordenamento jurídico brasileiro, este termo é utilizado para qualificar os acordos celebrados entre particulares envolvidos em ilícitos administrativos e a

Administração Pública (COSTÓDIO FILHO, 2015, p. 280; PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 91).

Sidney Bittencourt (2014, p. 110), entretanto, faz uma crítica ao uso do vocábulo leniência, alegando que a intenção primária do acordo não é suavizar as sanções que possivelmente serão aplicadas as pessoas jurídicas, mas sim possibilitar que o Poder Público obtenha informações céleres que comprovem a infração e resultem na identificação de outros envolvidos.

O acordo de leniência tem origem no direito americano, na década de 1970, porém esta primeira experiência não obteve sucesso em razão de os critérios estabelecidos pelo Departamento de Justiça do EUA serem subjetivos, o que desincentivava sua utilização devido à insegurança jurídica existente. Em razão disso, em 1993, fora criado um novo programa, que vigora até os dias de hoje (FIDALGO; CANETI, 2015, p. 258).

Segundo Fidalgo e Canetti (2015, p. 258), neste novo programa, o “grau de subjetividade foi expressivamente reduzido com relação aos pedidos de participação no programa de leniência apresentados antes da instauração de investigação pela autoridade antitruste”. Isso porque, para as autoras, o deferimento da leniência passou a ser ato vinculado quando preenchidas as condições legais. Diferente do que ocorre no Brasil – como se demonstrará posteriormente - no direito norte-americano o acordo de leniência possui grande aplicabilidade. Para Petreluzzi e Rizek Junior, isso ocorre porque:

No Brasil existe sensível resistência ao instituto, sobretudo por razões de ordem cultural e em razão da tradição jurídica brasileira. Efetivamente, na cultura latina o delator não é costumeiramente valorizado, eis que ele se caracteriza como um traidor, trãsfuga e ostenta conduta “venal e infame”. No direito norte-americano, sem a carga de preconceito com a delação inerente à cultura latina, o instituto da delação premiada, mais dirigido às pessoas naturais, e os acordos de leniência corporativa têm tido larga e profícua aplicação (2014, p. 91–92)

No que se refere à legislação brasileira, sua origem se deu no sistema antitruste, por meio da Medida Provisória de n. 2.055/2000, posteriormente convertida na Lei n. 10.149/2000, que incluiu os arts. 35-B e 35-C na Lei de defesa à concorrência que vigia à época – Lei n. 8.884/94.

O art. 35-B⁵⁰⁷, da Lei n. 8.884/94 proclamava que as pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica poderiam ter extinta ou reduzida a ação punitiva desde que colaborassem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Dessa

⁵⁰⁷Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

colaboração, deveria, obrigatoriamente, resultar na identificação dos demais envolvidos ou na obtenção de informações e documentos que comprovassem a infração. A competência para celebração foi atribuída à Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça. Porém, segundo o § 4º do art. 35-B⁵⁰⁸, era atribuição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, quando do cumprimento do acordo, decretar a extinção da punibilidade perante a Administração Pública ou reduzir as penas. A Lei n. 8.884/94, entretanto, foi revogada em 2011 pela lei que estrutura o Sistema de Defesa da Concorrência e dispõe a respeito das infrações à ordem econômica, Lei n. 15.529/2011, também conhecida como Lei Antitruste. Nesta nova lei, conforme o artigo 86⁵⁰⁹, a competência para celebração do acordo de leniência foi atribuída ao próprio CADE. Os efeitos deste acordo, porém, continuaram os mesmos: a extinção da ação punitiva ou a redução da penalidade aplicável.

Posteriormente, em 2013, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, como já relatado no capítulo anterior, a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013). Esta legislação prevê expressamente, em seu art. 16⁵¹⁰, a possibilidade de celebração do acordo de leniência entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas praticantes de atos lesivos. A respeito das principais diferenças entre o acordo de leniência previsto na Lei Antitruste e o disposto na Lei Anticorrupção, Ubirajara Costódio Filho (2015, p. 285) apresenta o seguinte quadro comparativo:

Quadro 1 – Comparativo entre a Lei anticorrupção e a Lei Antitruste

Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)	Lei n. 12.529/2011 (Lei Antitruste)
O acordo de leniência não isenta, total ou parcialmente, as pessoas naturais, das sanções cabíveis.	O acordo de leniência pode livrar o particular de toda e qualquer sanção, inclusive da criminal.
Os efeitos do acordo são estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo	Os acordos do efeito são estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de

⁵⁰⁸§4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada.

⁵⁰⁹Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

⁵¹⁰Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto.	direito, e também ao dirigentes, administradores e empregados envolvidos no ilícito, desde que firmem o acordo em conjunto.
O acordo de leniência não exime o particular de reparar integralmente o dano.	Não há essa obrigação.

Fonte: COSTÓDIO FILHO (2015, p. 285).

Conforme se observa, com o advento da Lei Anticorrupção – LAC (Lei nº 12.846/2013), a possibilidade realização de acordo de leniência passou a ser aplicado não só a práticas anticoncorrenciais ou de infração à ordem econômica, mas a diversas outras formas de atuações lesivas contra a Administração Pública.

Segundo Pereira, “o acordo de leniência direcionado ao combate à corrupção trata de relações público-privadas, visa destruir esquemas de desvirtuamento no seio do Estado e recompor sua moralidade, enquanto o outro trata de relações exclusivamente privadas, tendo por escopo a desarticulação das atividades anticoncorrenciais e a restauração da moralidade do mercado” (PEREIRA, 2016 p. 9).

Porém, os efeitos decorrentes do programa de leniência da Lei Anticorrupção são de certa forma, menos benéficos aos infratores do que aqueles previstos na Lei Antitruste. Isso porque não isentam totalmente as sanções cabíveis, não se estendem aos dirigentes, administradores e empregados envolvidos no ilícito, e exigem a reparação integral do dano. Já no que tange a real aplicabilidade do programa de leniência no Brasil nos moldes da Lei Antitruste, segundo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, até o presente momento, foram celebrados 57 acordos e 17 aditivos com aqueles que praticam infrações contra a ordem econômica. O CADE (2016) apresenta a seguinte estatística:

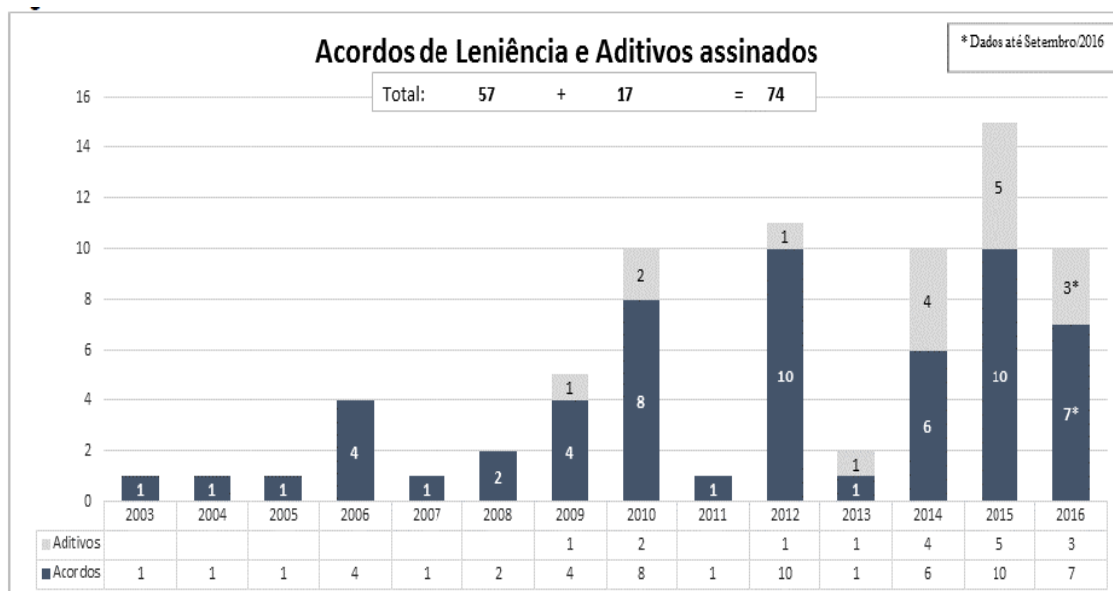


Figura 1 - Acordo de leniência e aditivos assinados

Fonte: CADE (2016)

Como se vê, o primeiro acordo foi celebrado no ano de 2003, e nos anos imediatamente posteriores não houve aumento significativo de pactos. Somente a partir de 2010 se atingiu números consideráveis, ocorrendo o ápice nos anos de 2012 e 2015, em que 10 acordos foram fechados.

No ano de 2016, especificamente até setembro, já foram firmados 7 acordos, o que demonstram a continuidade da adoção deste programa no âmbito concorrencial. A respeito do primeiro acordo de leniência celebrado, Fidalgo e Canetti lecionam:

O primeiro acordo de leniência celebrado pelo CADE teve por objeto cartel formado por sociedades prestadoras de serviços de vigilância no Rio Grande do Sul para fraudar licitações públicas promovidas pelas Superintendência da Receitas Federal no Rio Grande do Sul e pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre. (2015, p. 263)

Segundo as autoras, o acordo permitiu que o CADE aplicasse multas a 16 empresas que participavam do cartel, que, no total, ultrapassaram R\$ 40 milhões de reais, e concedeu extinção da punição a empresa delatora (FIDALGO; CANETTI, 2015, p. 263). Nos moldes da Lei Anticorrupção, entretanto, até o presente momento, por ser um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há dados suficientes para análise dos acordos celebrados. Feitas essas considerações a respeito da origem e do histórico, nos próximos tópicos serão abordados pontos específicos a respeito do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção.

Aspectos gerais do acordo de leniência da lei anticorrupção

Nesse momento, serão apresentados os objetos, os requisitos e a competência para celebração, os benefícios, e outros pontos relevantes referentes ao acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846/2013.

O objetivo do acordo de leniência previsto na LAC, conforme o art. 16, é fazer com que pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos à Administração Pública colaborem com as investigações e o processo administrativo para, em troca, terem atenuadas as possíveis penalidades aplicáveis. Esta colaboração, entretanto, precisa resultar na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito que se está apurando.

Este objetivo em muito se assemelha ao da delação premiada na esfera penal⁵¹¹, porque em troca de informações privilegiadas são concedidos benefícios aos colaboradores. Segundo Petrelluzzi e Rizek Junior (2014, p. 91), “em verdade, os acordos de leniência são espécies de delação premiada”.

Nessa mesma linha, Fidalgo e Canetti discorrem:

O acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013 e do Direito Concorrencial guarda semelhança com aquilo que, na esfera criminal, convencionou-se chamar de delação ou colaboração premiada, instrumento através do qual o legislador premia a conduta daquele que confessa o fato criminoso e aponta para a incriminação de terceiro que tenha concorrido para o ato ilícito (2015, p. 265)

Por sua vez, os requisitos para celebração do acordo de leniência estão previstos no §1º, do artigo 16, da LAC:

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Conforme se percebe no inciso primeiro, somente o primeiro colaborador terá os efeitos do acordo de leniência, não se estendendo aos que proponham a colaborar posteriormente (FIDALGO; CANETTI, 2015, p. 271).

⁵¹¹No Direito Penal, a delação premiada está prevista em inúmeras leis, como, por exemplo, na Lei n. 8.137/1990 – que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo –, conforme prevê o art. 16, parágrafo único: “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

No entanto, em sua regulamentação no âmbito federal, o Decreto n. 8.420/2015, em seu artigo 30, inciso I⁵¹², prescreve que a exigência de ser o primeiro colaborador só se dará quando tal circunstância for relevante. Para Costódio Filho (2014, p. 283), com a ressalva feita, fica a impressão de que o acordo pode ser celebrado com mais de uma pessoa jurídica, em um mesmo processo. Segundo o autor, tal fato contraria o disposto na redação do art. 16, § 1º, I, da LAC⁵¹³.

A respeito do inciso segundo, desnecessário tecer maiores considerações tendo em vista a objetividade do requisito exigido, qual seja, que a pessoa jurídica cesse completamente o envolvimento na infração investigada a partir da propositura do acordo.

No que se refere ao inciso terceiro, tem-se a exigência de dois requisitos. O primeiro, diz respeito à necessidade de a pessoa jurídica admitir sua participação no ilícito sob apuração. O segundo, por sua vez, trata da obrigação de a infratora cooperar plenamente com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo sempre que solicitada, e sob suas expensas, a todos os atos processuais, até seu encerramento (BITTENCOURT, 2014, p. 111). Segundo Costódio Filho (2015, p. 284), entretanto, este requisito já está previsto implicitamente na lei anticorrupção, no inciso terceiro, ao se estabelecer a necessidade de cooperação plena do infrator.

No Decreto n. 8.420/2015, em seu art. 30, inciso V⁵¹⁴, há, ainda, mais uma exigência, a de “fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa”. No que tange à competência para celebração do acordo de leniência, a Lei Anticorrupção prescreve: “Art. 16 – A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência (...)”.

Sobre o caput deste artigo, Costódio Filho faz as seguintes considerações:

Deste caput, importa destacar, primeiramente, que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, ao regulamentarem a Lei Anticorrupção mediante normatização própria, deverão indicar, na sua respectiva estrutura administrativa, qual será a autoridade ou órgão responsável pela celebração desses pactos [...] (2015, p. 281-282)

Para o autor, tal providência é indispensável porque a existência de inúmeros órgãos de entidades públicas no âmbito da Administração Direta e Indireta dos diferentes níveis de

⁵¹²Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;

⁵¹³§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

⁵¹⁴V - fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.

governo pode gerar uma grande confusão administrativa e insegurança jurídica (COSTÓDIO FILHO, 2015, p. 282). No âmbito federal, segundo o §10, do art. 16, da LAC, a competência para celebração destes acordos é da Controladoria-Geral da União – CGU:

§10 – A Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Petrelluzzi e Rizek Junior (2014, p. 95), acreditam, contudo, que nos Estados e Municípios, assim como acontece na União, para que sejam atendidos os princípios constitucionais, sobre tudo o da impessoalidade, a competência para celebração destes acordos deve ser atribuída aos órgãos de controle interno da Administração Pública.

Nessa linha, o Município de São Paulo, por intermédio do Decreto n. 55.107/14, especificamente em seu art. 25⁵¹⁵, delegou a competência para a celebração dos acordos à Controladoria-Geral do Município. Relatados quais os requisitos e as competências para celebração do acordo de leniência da Lei Anticorrupção, no próximo tópico serão abordados os benefícios concedidos às pessoas jurídicas infratoras que optarem pelo pacto.

Benefícios do acordo de leniência

Os benefícios que as pessoas jurídicas terão ao celebrar os acordos de leniência estão previstos no § 2º⁵¹⁶, do art. 16 da LAC.

Referido parágrafo proclama que a pessoa jurídica colaboradora será isenta da sanção administrativa de publicação extraordinária da decisão condenatória e da sanção judicial de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades pública e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, e terá redução em até 2/3 (dois terços) do valor da multa administrativa aplicável.

Para melhor elucidação das respectivas consequências pós celebração do acordo de leniência, apresenta-se o diagrama a seguir.

⁵¹⁵Art. 25. Cabe à Controladoria Geral do Município a celebração de acordo de leniência, nos termos do Capítulo V da Lei Federal nº 12.846, de 2013, sempre por meio do Controlador Geral, sendo vedada a sua delegação.

⁵¹⁶2o A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6o e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável

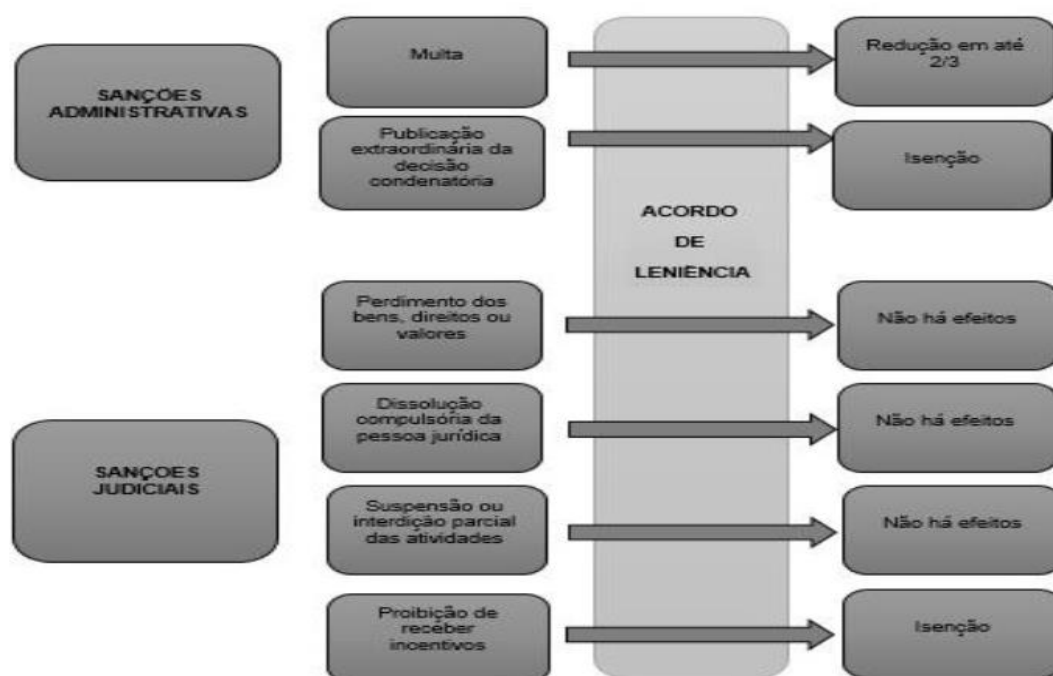


Figura 1. Diagrama consequências pós celebração do acordo de leniência

Fonte: Adaptado de Ayres e Maeda (2015, p. 247).

Como se observa no diagrama, só haverá redução da multa administrativa, e nunca isenção. Segundo Fidalgo e Canetti (2015, p. 272), “daí se extrai que, diferentemente do modelo vigente no campo antitruste, a celebração de acordo de leniência não implica em imunidade total na esfera administrativa”.

Além disso, as sanções judiciais de perdimento de bens, suspensão ou interdição de atividades e até mesmo a dissolução compulsória da pessoa jurídica, poderão ser aplicadas mesmo com a celebração do acordo de leniência (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 93). A LAC prevê, ainda, em seu artigo 17517, a possibilidade de a pessoa jurídica responsável pela prática do ilícito ter a isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei n. 8.866/93, a seguir transcritos:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos

⁵¹⁷Art. 17. A Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Para Sidney Bittencourt (2014, p. 119), ao possibilitar essa abrangência, teria o legislador a intenção de utilizar o acordo de leniência para incentivar ainda mais a denúncia espontânea dos atos ilícitos. Costódio Filho (2015, p. 293), entretanto, faz uma crítica a estes benefícios, alegando que se o acordo de leniência interessa à Administração Pública como forma de facilitar a obtenção de provas dos possíveis ilícitos cometidos, não teria lógica o administrador celebra-lo em situações que dispõe das provas das infrações, ao seu alcance (como nos casos previstos nos artigos 86 a 87, que tratam das hipóteses de inexecução do contrato).

Discorre Costódio Filho:

“[...] qual vantagem a Administração Pública obterá mediante a celebração de um acordo de leniência naqueles casos dos arts. 86 e 87? Nenhuma, segundo nossa opinião. Benefício somente existirá em favor do particular que, apesar de inadimplente, receberá redução (ou até isenção!!!) de penalidade administrativa ao celebrar acordo de leniência debaixo dessa regra (2015, p. 294)

Dentre os pontos relevantes referentes ao acordo de leniência, está o fato de que seus efeitos serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto (art. 16, § 5º⁵¹⁸, da Lei n. 12.846/2013). Para melhor entendimento desta extensão, cita-se o que fora lecionado por Petrelluzzi e Rizek Junior:

Grupo econômico é o conjunto ou coletivo de empresas que, ligadas por um vínculo de coordenação ou subordinação, atuam em sincronia com o intuito de lograr maior eficiência em sua atividade. E, tendo em vista a interdependência, inclusive e principalmente do ponto de vista financeiro, de empresas que pertencem a um mesmo grupo econômico, é mesmo razoável a possibilidade aqui prevista. (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 94)

Para os autores, portanto, a extensão dos benefícios do acordo de leniência as demais pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico é de suma importância, tendo em vista a interdependência financeira existente entre elas. Outro ponto importante é o fato de

⁵¹⁸§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecida

que o acordo de leniência só se torna público após sua efetivação (art. 16, §6º⁵¹⁹, da LAC), ou seja, as informações não poderão ser divulgadas sem a devida celebração do pacto.

Há de se destacar, também, o previsto no § 7º, do art. 6º, da Lei Anticorrupção: “Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada”. Tal previsão legal garante que a pessoa jurídica não sofra qualquer prejuízo caso o acordo não seja celebrado, sendo uma garantia essencial aos colaboradores (PETRELUZZI; RIZZEK JUNIOR, 2014, p. 95). Outra ressalva prevista no art. 16, agora no § 8º, da referida lei, é a seguinte: “Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos [...]”.

Assim, aquele que descumprir o acordo ficará impedido de celebrar novo durante o prazo de 3 (três) anos “contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento”, conforme parte final do § 8º. Por fim, uma das mais importantes disposições a respeito do acordo de leniência na LAC é o fato de que sua celebração não exime a pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado (Art. 16, §3º⁵²⁰). Para Fidalgo e Canetti (2015, p. 272), isso “significa que a sociedade poderá ser condenada à devolução do valor do dano causado ao patrimônio público em virtude do ato de corrupção”.

Para Costódio filho (2015, p. 285), esta disposição, porém, a depender da extensão do dano, pode ser um fato de desestímulo a celebração dos acordos de leniência, porque as pessoas jurídicas podem não dispor dos valores necessários para efetuar a devida reparação.

O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Neste tópico será abordado o objetivo principal desse trabalho, que é fazer uma análise do instituto à luz do princípio da supremacia do interesse público a fim de saber se atende ou não aos interesses da coletividade. Essa análise será realizada levando em consideração os requisitos, os benefícios e as consequências do acordo de leniência da Lei Anticorrupção. De início, conforme já exposto no primeiro capítulo, o princípio da supremacia do interesse público diz respeito à necessidade de se sobrevalorizar os interesses da coletividade quando em conflito com interesses particulares. É em razão disso que a Administração Pública possui inúmeras prerrogativas em favor dos administrados. O acordo de leniência, por sua vez, é um pacto celebrado entre a Administração Pública e a pessoa jurídica que pratica atos lesivos. Esta, em troca da colaboração que identifique outros

⁵¹⁹§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

⁵²⁰§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

possíveis envolvidos ou auxilie na obtenção de provas de forma célere, recebe isenção ou redução nas possíveis sanções. É justamente em relação a estas isenções ou reduções das sanções que se fará esse estudo.

Dentre os argumentos possíveis para se afirmar que o acordo de leniência não atende a supremacia do interesse público está o fato de que, conforme §2º, do art. 16, da LAC, ao celebrar este acordo a possível multa aplicada poderá ter a redução de até 2/3 (dois terços), o que, de certa forma, pode gerar um prejuízo imediato aos cofres públicos. Ocorre, contudo, que o acordo tem por um de seus objetivos fazer com que, através da colaboração da pessoa jurídica, outros possíveis envolvidos nos atos de corrupção possam ser identificados.

Com isso, os infratores identificados posteriormente podem ser penalizados justamente com esta sanção administrativa de multa. Tal fato, aliás, resta evidenciado no caso do primeiro acordo de leniência celebrado no âmbito concorrencial, exposto alhures, em que a delação efetuada permitiu que o CADE identificasse 16 empresas envolvidas no cartel, tendo o órgão, em consequência disso, aplicado multas que totalizaram R\$ 40 milhões. Desse modo, evidente que a celebração do acordo não será um prejuízo para os cofres público, porque apesar de a pessoa jurídica receber redução de até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável, a Administração Pública pode arrecadar quantia inclusive de valor superior ao que arrecadaria com o colaborado, referente à multa aplicável aqueles que forem identificados posteriormente.

No que se refere à isenção da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória, sanção esta que “tem por fim submeter à pessoa jurídica ao julgamento da sociedade” (SANTOS, 2015, p. 210), tem-se, também, que não há violação à supremacia do interesse público. Isso se deve ao fato de que, apesar de não ser efetuada a publicação extraordinária, a Administração Pública deverá colocar à disposição da sociedade as informações relativas aos ilícitos cometidos pelas pessoas jurídicas, em razão do princípio da publicidade ao qual está submetida, publicidade esta entendida como ordinária (SANTOS, 2015, p. 209).

Em razão disso, o interesse da sociedade, qual seja identificar aqueles que causam dano ao erário público, será estritamente observado em razão desta publicação ordinária que deve ser realizada pelos Órgãos Públicos. Tal fato é confirmado na medida em que há evidente necessidade de disponibilização de informações referentes a possível acordo de leniência celebrado com a pessoa jurídica infratora. Inexiste, portanto, violação ao princípio administrativo.

Um ponto que parece trazer discussão maior referente à observância ou não do princípio da supremacia do interesse público nos acordos celebrados diz respeito à isenção da sanção de proibição de receber incentivos, subsídios, empréstimos, doações ou subvenções dos Órgãos Públicos, concedida as pessoas jurídicas colaboradoras. Isso porque, segundo Bertoncini (2015, p. 312) seria um verdadeiro absurdo permitir que a pessoa jurídica infratora possa receber, por exemplo, um empréstimo de um Banco Público para efetuar pagamento de uma multa imposta em razão de ilícito cometido contra a Administração Pública, constituindo um verdadeiro auxílio aquele que lesou os cofres públicos.

No entanto, tem-se que esse auxílio em nada prejudica o interesse público. Isso porque, como se sabe, um possível empréstimo concedido deverá ser devidamente pago pela pessoa jurídica sob pena de sofrer as possíveis consequências jurídicas, como, por exemplo, a inserção nos cadastros de inadimplentes, a execução judicial da dívida. Ademais, os possíveis incentivos, subsídios, doações ou subvenções só poderão ser concedidos às empresas quando do preenchimento das respectivas exigências legais. Nesse sentido, em especial no que se refere às doações, leciona Carvalho Filho:

A Administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado. Qualquer violação a tais pressupostos espelha conduta ilegal e dilapidatória do patrimônio público. Embora não haja proibição constitucional para a doação de bens públicos, a Administração deve substituí-la pela concessão de direito real de uso, instituto pelo qual não há perda patrimonial no domínio estatal. Pode ocorrer que a legislação de determinada pessoa de direito público proíba a doação de bens públicos em qualquer hipótese. Se tal ocorrer, deve o administrador observar a vedação instituída para os bens daquela pessoa específica. (2016, p. 196)

Não haverá, portanto, qualquer prejuízo ao erário e, por consequência, descumprimento do interesse público. Outro ponto também relevante para a análise aqui efetuada é a possibilidade de a pessoa jurídica que celebrar o acordo de leniência obter isenção ou atenuação das sanções previstas nos art. 86 e 87 da Lei n. 8.666/93, conforme previsto no art. 17, da LAC.

Costódio Filho (2015, p. 294) acredita que nesses casos há benefício somente ao particular. Isso porque não haverá efetiva colaboração da pessoa jurídica para identificar os demais envolvidos na infração ou obter provas que comprovem o ilícito, vez que se trata de casos de inexecução contratual, em que a provas do contrato não cumprindo, por óbvio, se encontram em poder do administrador.

Em uma primeira análise, a argumentação do autor leva a crer, de fato, que neste ponto somente o interesse particular está evidenciado. Entretanto, até mesmo nas hipóteses dos ilícitos previstos no art. 86 e 87 da Lei de Licitações e Contratos, o acordo de leniência só

será celebrado quando da colaboração resultar na identificação de outros envolvidos nos ilícitos. Isso porque este requisito deve estar presente obrigatoriamente (art. 16, incisos I e II da LAC).

Desse modo, na hipótese ventilada pelo autor não há ofensa ao interesse público, porque se a colaboração não resultar na identificação de outros envolvidos, não haverá acordo. Por outro lado, o aspecto mais cristalino no que se refere à observância do interesse público nos acordos de leniência, é o fato de que nunca haverá a isenção ou atenuação da obrigação de a pessoa jurídica reparar integralmente o dano causado, previsto no §3º, do art.16, da LAC.

Referida obrigação, como dito anteriormente, não constitui sanção, mas é apenas uma medida de responsabilização civil caracterizada pela necessidade de as coisas retornarem ao estado anterior ao da lesão (SOUZA, 2015, p. 159).

É justamente em razão de ser uma necessidade de reparação, jamais será atenuada, que esta medida é garantidora do princípio da supremacia do interesse público. Isso porque, neste caso, não haverá, em qualquer momento, a predominância do interesse particular. O dano causado à Administração Pública e, por consequência, à sociedade, terá de ser reparado de forma integral pela infratora.

Outro fator crucial, que se leva a concluir pela observância da supremacia do interesse público, é o fato de que o acordo de leniência só será celebrado quando resultar na obtenção de provas céleres para comprovar o ilícito sob apuração e identificar outros possíveis envolvidos, e também pelo fato de que só será celebrado com a primeira pessoa jurídica interessada, como previsto no art. 16, incisos II, II e §1º, inciso I, da LAC.

Isso porque, ao fazer referida previsão, a legislação evita que os acordos sejam pactuados com aqueles que possuem interesse apenas em ter atenuada ou reduzida a sua pena. Não há, no caso, a discricionariedade do administrador em optar ou não pela celebração do acordo, tendo em vista o princípio da legalidade ao qual está submetido. Se inexistir informações e documentos que auxiliem na apuração do ilícito e, por consequência, na identificação de outros envolvidos, o acordo de leniência não deverá ser homologado.

Por fim, outro motivo que se leva a considerar a observância do princípio em questão, é o fato de que sempre haverá o controle dos órgãos interessados nos acordos de leniência celebrados. Por exemplo no caso da SBM Offshore, o acordo não foi homologado pelo Ministério Público Federal, porque não fora observado as exigências contidas na legislação, quais sejam, a participação efetiva da pessoa jurídica nas investigações e a

reparação integral do dano. Nesse caso, o Ministério Público Federal atuou de modo a garantir a sobreposição dos interesses da coletividade sobre os interesses privados.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que a corrupção atinge todas as sociedades, causando inúmeros prejuízos à Administração Pública e, conseqüentemente, a coletividade. Dessa forma, a Lei nº 12.846/2013 surge como um mecanismo de combate à corrupção, voltado à restauração da moralidade administrativa e, sobretudo, à garantir a observância do melhor interesse público.

Conforme relatado nesta monografia, diante da posição de verticalidade da Administração Pública em relação aos administrados, os interesses públicos, quando em conflito, devem se sobrepor aos interesses privados. Porém, de forma alguma significa que os interesses privados sejam desprezados. Estes apenas não poderão se sobrepor quando em conflito com os interesses da coletividade. Aliás, é justamente com o dever de evitar abusos que inúmeras restrições são impostas ao Administrador.

Nesse sentido a referida lei proclama a responsabilidade objetiva das empresas por atos lesivos praticados em face da Administração Pública Nacional ou Estrangeira, de forma a suprir uma lacuna existente no ordenamento jurídico no que se refere à responsabilização das pessoas jurídicas por atos corruptos perpetrados.

Como forma de punição a prática destes ilícitos, a Lei Anticorrupção proclama a possibilidade de serem impostas de forma independente sanções administrativas e sanções judiciais as pessoas jurídicas. Dentre as sanções administrativas, estão previstas a aplicação de multa e a publicação extraordinária das possíveis decisões condenatórias. Já nas hipóteses de sanções judiciais, a lei prescreve o perdimento de bens, direitos ou valores obtidos em razão da infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica, e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções ou empréstimos de órgãos públicos.

A LAC, entretanto, possibilita que estas sanções sejam reduzidas ou atenuadas em razão da celebração de um acordo entre o Poder Público e a pessoa jurídica envolvida em ilícitos. Referido acordo é chamado de “acordo de leniência” e tem sua origem no Direito Norte-Americano, na década de 70. No Brasil, já era previsto desde 2000, especificamente na legislação antitruste, sendo aplicável como forma de atenuação das sanções previstas para os atos contrários à ordem econômica. Nestes casos, a celebração foi atribuída ao CADE.

Já no acordo de leniência da Lei Anticorrupção, a competência foi estabelecida para a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública da União, dos Estados e dos Municípios. No âmbito federal, a responsabilidade para firmar os pactos foi atribuída à Controladoria-Geral da União.

Os requisitos previstos na LAC para a celebração deste acordo são os seguintes: a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar - e desta cooperação precisa resultar na obtenção de provas que identifiquem outros possíveis envolvidos nos atos ilícitos -, tem de cessar completamente seu envolvimento na infração e admitir seu envolvimento nos atos praticados.

Como benefícios as empresas colaboradoras, estão previstos a isenção da sanção administrativa de publicação extraordinária da decisão condenatória e da sanção judicial de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos públicos, bem com a redução de 2/3 (dois terços) da possível multa administrativa aplicável, e, ainda, a redução ou atenuação das sanções previstas nos artigos. 86 a 88 da Lei de Licitações e Contratos.

A concessão destes benefícios, entretanto, atende ao princípio administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado, que fora exposto alhures, em razão dos seguintes motivos, que são expostos por ora.

O primeiro, porque um dos requisitos do acordo de leniência é que outros possíveis envolvidos sejam identificados. Em razão disso, apesar da possibilidade da redução da multa à pessoa jurídica colaboradora, esta sanção administrativa será aplicada aqueles que forem identificados posteriormente através das informações obtidas. Diante disso, a Administração Pública poderá receber valor inclusive superior à redução que foi concedida a cooperadora. Tal fato, inclusive, pode ser confirmado na celebração do primeiro acordo de leniência, ainda no âmbito concorrencial, em que, devido à delação de uma empresa, outros 16 envolvidos foram identificados e tiveram que arcar com multas que totalizaram o valor de R\$ 40 milhões.

O segundo, porque apesar ser concedido o benefício da isenção da publicação extraordinária da decisão condenatória, a Administração Pública deverá colocar à disposição dos administrados as informações relativas aos ilícitos cometidos pelas pessoas jurídicas, em razão do princípio da publicidade ao qual está submetida, publicidade esta entendida como ordinária. A sociedade poderá, portanto, identificar aqueles que causam dano ao erário público.

O terceiro, porque a isenção da sanção judicial de proibição de receber incentivos, doações, empréstimo, e subsídios da Administração Pública não trará prejuízos aos cofres públicos, tendo em vista que, se não atenderem as exigências legais, as pessoas jurídicas não poderão receber estes auxílios, e, no caso de inadimplemento sofrerão as possíveis consequências jurídicas, como, por exemplo, a execução judicial da dívida.

O quarto, porque apesar das críticas direcionadas a possibilidade da redução ou isenção das sanções previstas nos art. 86 e 87 da Lei n. 8.666/93 - em razão de nestes casos não haver a efetiva colaboração da pessoa jurídica, vez que se tratam de hipóteses de inexecução contratual, em que a provas do contrato não cumprindo se encontram em poder do administrador -, porque até mesmo nesta hipótese o acordo de leniência só será celebrado se da colaboração resultar na identificação de outros envolvidos nos ilícitos. Isso porque este requisito deve estar presente obrigatoriamente. Desse modo, não há ofensa ao interesse público, porque se da colaboração não resultar na identificação, não haverá acordo.

O quinto diz respeito ao fato de que, conforme previsão na Lei Anticorrupção, apesar da celebração do acordo, nunca haverá a isenção ou atenuação da obrigação de a pessoa jurídica reparar integralmente o dano causado. Neste caso, também inexistente a predominância do interesse particular, tendo em vista que o dano causado à Administração Pública e, por consequência, à sociedade, terá de ser reparado de forma integral pela infratora.

O sexto se refere ao fato de que o acordo de leniência só será celebrado quando resultar na obtenção de provas céleres para comprovar o ilícito sob apuração e identificar outros possíveis, e também pelo fato de que só será celebrado com a primeira pessoa jurídica interessada. Não haverá, portanto, a discricionariedade do administrador em optar ou não pela celebração. Na ausência deste requisito, por consequência do princípio da legalidade ao qual o Administrador Público está submetido, o acordo de leniência não deverá ser homologado.

O sétimo e último se deve em razão de que nos acordos celebrados sempre haverá o controle dos órgãos interessados.

Diante dos motivos que foram abordados, há evidente observância do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado nos moldes do acordo de leniência previstos na Lei Anticorrupção. Importante, contudo, relatar que a análise feita foi baseada apenas nos critérios estabelecidos pela legislação, porque referido instituto, nos moldes da LAC, é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não sendo possível comprovar em números a sua eficácia.

Futuramente, poderá ser efetuada uma análise, nos mesmos termos da aqui realizada, porém com base em critérios práticos, levando em consideração os termos dos possíveis acordos que serão, de fato, celebrados entre as pessoas jurídicas infratoras e a Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BERTONCINI, Matheus. Dos Atos Lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira. In **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 153-2012.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jun. de 2016.

_____. **Lei n. 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe Sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016

_____. **Exposição de Motivos Interministerial nº 00011 2009** – CGU/MJ/AGU. Proposta de regulamentação da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos lesivos a Administração Pública nacional e estrangeira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. **Decreto n. 8.420**, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. **Lei n. 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Causados ao Meio-Ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico e Dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. **Lei Nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. **Lei n. 8.429**, de 02 de julho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso e: 05 jul. 2017.

_____. **Lei n. 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. **Decreto-lei n. 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. **Lei n. 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 05. jun. 2017.

_____. **Lei n.12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12527.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. **Lei n 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 21 jun. 2017.

_____. **Lei n. 8.884**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às

infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. **Lei n. 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei n. 8.137**, de 27 de novembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Programas de Leniência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

CGU – Controladoria-Geral da União. **Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Empresas Punidas**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/sistema-integrado-de-registro-do-ceis-cnep>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. **Ministério da Transparência Celebra Acordo de Leniência com a SBM Offshore**. 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/07/ministerio-da-transparencia-celebra-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PFLEGER, Lilian. Limites à supremacia do interesse público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3554, 25 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24044>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Do Acordo de Leniência. *In* **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

EBC - AGÊNCIA BRASIL. **Brasil Piora no Ranking Internacional de Percepção da Corrupção**. Brasília. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-01/brasil-piora-no-ranking-internacional-de-percepcao-da-corrupcao>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

FIDALGO, Caroline Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os Acordos de Leniência na Lei de Combate a Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (orgs.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 253-283.

FIESP – FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Relatório Corrupção: Custos Econômicos e propostas de Combate**. FIESP, 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>> Acesso em: 17 ago. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Holandesa SBM tem Acordo Bilionário de Leniência Negado. 2016**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1809276-holandesa-sbm-tem-homologacao-de-acordo-bilionario-de-leniencia-negado.shtml>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípios do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MPF – Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. **Voto n. 9212/2016**. Inquérito Civil n. 1.30.001.001111/2014-42. Investigados: SBM Offshore, JulioFaerman e Outros. Interessada: Petrobrás S/A. Relatora: Monica Nicida Garcia. 2016. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)**. Belo Horizonte, 2016. p. 79-113.

PETROBRÁS. Firmamos Acordo de Leniência com a SBM Offshore e Autoridades Brasileiras. 2016. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/firmamos-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore-e-autoridades-brasileiras.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização Judicial da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (orgs.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 283-334.

REUTERS BRASIL. **MPF Mantém Decisão Contra Acordo de Leniência com SBM Offshore**. 2016. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN1261Z1>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

SANTOS, José Anacleto Abduch Santos. Da Responsabilização Administrativa. In **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SÃO PAULO. **Decreto n. 55.107**, de 13 de Maio de 2014. Regulamenta, no Âmbito do Poder Executivo, a Lei Federal n. 12.846. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/controladoria_geral/arquivos/CGM/DECRETO%20N%2055107%20de%202014.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 34, n. 125, p.106-114, Dez. 2014.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na Lei Anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOUZA, Jorge Munhos. Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (orgs.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 131-168.

NAÇÕES UNIDAS -. Escritório Contra Drogas e Crimes - UNODC. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 18 de ago. 2017.

_____. UNODC e Corrupção. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/>>. Acesso em: 19 set. 2016.

VALOR ECONÔMICO. Câmara de Combate à Corrupção não Homologa Acordo com a SBM. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4696165/camara-de-combate-corruptcao-nao-homologa-acordo-de-leniencia-da-sbm>>. Acesso em: 10 out. 2017.

O IMPACTO DA ADI 4.650 NO MODELO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS: UM OLHAR SOBRE AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DAS CAPITAIS DO SUDESTE DE 2016

Tamires Jade Pereira da Silva

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Sistemas de financiamento de campanha eleitoral; 2.1 Do financiamento público de campanha eleitoral; 2.2 Do financiamento privado de campanha eleitoral; 2.3 Do financiamento misto de campanha eleitoral; 2.4 Sistema de financiamento de campanha eleitoral no Brasil; 3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650; 3.1 Questões suscitadas; 4. Eleições municipais de 2016; 4.1 Das eleições municipais de 2012 e de 2016 nas capitais do Sudeste. 5. Conclusão 6. Referências.

RESUMO: O financiamento de campanhas eleitorais é uma pauta que se faz presente na realidade social, muito embora seja estudado há séculos em diversas partes do globo. A maneira como o dinheiro se entrelaça à política e nela exerce influência consiste em uma linha tênue entre a sua necessidade para a sobrevivência da democracia e a sua contaminação. Neste sentido, após a chamada reforma eleitoral de 2015, por meio da Lei nº 13.165/2015, juntamente com a decisão pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.650, que proibiu doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, este trabalho visa a analisar como se deu o impacto da introdução destas mudanças legislativas nas eleições municipais das capitais do Sudeste de 2016, a partir dos dados disponibilizados no sítio do TSE.

PALAVRAS-CHAVE: Financiamento de campanha. ADI 4.650. Eleições municipais. Campanhas eleitorais.

ABSTRACT: The campaign funding is present in a social reality, although has been studied a centuries in many places of world. The way how the money relates with politics and influence is a fine line between your necessity to survival of democracy and your contamination. In this sense, after the electoral reform in 2015, by the act nº 13.165/2015, together with the decision of Supreme Court in ADI 4.650, that prohibited companies donations to election campaigns, this work has as objective analyze which were the impacts of introduction of these legislatives changes in the municipal elections of the capitals of Southeast in 2016, based on the data available on the TSE's website.

KEYWORDS: Campaigns funding. ADI 4.650. Municipal elections. Electoral campaigns.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do financiamento de campanhas eleitorais é uma temática que se faz presente constantemente na realidade social. O fenômeno da forma como o dinheiro se relaciona com a política é estudada há séculos, diante da existência da linha tênue entre a necessidade do dinheiro para a sobrevivência da democracia e a sua completa contaminação pela influência demasiada deste.

No caso do Brasil, visando a uma política com mais igualdade na disputa, a minirreforma eleitoral ocorrida em 2015, por meio da Lei nº 13.165/2015, foi responsável por alterações substanciais no Código Eleitoral e também nas Leis nº 9.504/97 (Lei das eleições) e nº 9.096/95 (Lei dos partidos políticos).

Ademais, anterior à aprovação desta reforma, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Destaca-se que essas novas regras já foram aplicadas nas eleições municipais ocorridas em 2016.

O modelo de financiamento no Brasil vigente até a decisão da ADI era o misto, admitindo-se verbas públicas provenientes do Fundo Partidário (5% distribuídas igualmente entre os partidos e 95% proporcionalmente ao número de cadeiras obtido na Câmara dos Deputados na última eleição), doações de pessoas físicas (limitadas a 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição) e de pessoas jurídicas (limitadas a 2% do faturamento bruto obtido no ano anterior à eleição), nos termos do que preconiza os arts. 23 e 81, da Lei 9.504/1997.

Entretanto, muito embora o financiamento de campanhas eleitorais, antes do julgamento da referida ADI, fosse misto, as empresas eram as protagonistas do financiamento eleitoral, sendo responsáveis pela fatia mais expressiva da arrecadação dos candidatos. Fato este bastante significativo, pois há uma tendência histórica de que quem tem mais recursos, ter maior visibilidade e, assim, maiores chances de obter sucesso nas eleições (SPECK; CERVI, 2014), contrariando, portanto, aquilo que a legislação eleitoral preza: a igualdade de chances entre os competidores.

Além disso, acredita-se que no pós-eleitoral há uma relação, mesmo que indireta, entre financiador e financiado, por meio do favorecimento de políticas em prol das grandes

empresas financiadoras. Desta feita, o modelo adotado após a ADI 4.650 também tem como objetivo evitar que os candidatos militem apenas em favor da manutenção dos interesses daqueles que o financiaram. Esta preocupação é justificável pela confusão secular na cultura brasileira entre o público e privado. O que remete à problemática sociocultural existente no Brasil, que é não entender a distinção entre o jardim e a praça, em uma analogia à obra de Saldanha (1986).

Nesta toada, apesar de a decisão proferida pelo STF ser alvo de críticas, segundo os argumentos que a embasaram, a adoção desse modelo de financiamento foi pensada visando a um procedimento eleitoral mais igualitário, visto que o STF partiu da premissa de que o dinheiro proveniente das empresas induzia à corrupção no processo eleitoral e desequilibrava os competidores.

Ressalta-se que as eleições municipais de 2016 foram as primeiras que ocorreram após as alterações eleitorais realizadas. Portanto, faz-se necessário um estudo acerca do sistema de financiamento de campanha eleitoral brasileiro após a ADI nº 4.650, analisando seu impacto nas referidas eleições, a fim de verificar se o objetivo almejado na decisão da ADI de reduzir a influência demasiada das pessoas jurídicas na corrida eleitoral juntamente com a redução da corrupção foi atingido.

Dada a extensão do território nacional, o Brasil, atualmente, possui mais de 5.500 municípios. Confrontar dados das eleições de todos esses municípios, em um tempo razoável, seria um grande desafio.

Desta forma, neste trabalho, optou-se por estudar as eleições municipais de 2016 das capitais do Sudeste, visto que se trata da região que possui os maiores colégios eleitorais do país, abrangendo cerca de 43% do eleitorado do Brasil (TSE, 2017).

Segundo Speck e Cervi, “não é possível analisar eleições municipais no Brasil como se elas acontecessem em um “grande distritão”, desconsiderando as particularidades geradas pelas diferenças no número de eleitores de cada distrito eleitoral” (2014, p. 82). Neste sentido, ressalta-se que há ciência de que o resultado encontrado não reflete a realidade brasileira como um todo, uma vez que cada estado e município possuem suas características próprias que merecem ser respeitadas, muito embora o resultado obtido possa ser apontado como um indicativo da forma como as alterações legislativas vêm sendo introduzidas na prática.

Este estudo trabalha com a hipótese de que o novo modelo de financiamento de campanha eleitoral adotado após a ADI 4.650, apesar das dificuldades iniciais para que as legendas partidárias se adaptem ao sistema, proporcionará eleições mais igualitárias e democráticas, pois, embora o financiamento por pessoas jurídicas fosse responsável por um montante significativo da campanha, atualmente existem mecanismos alternativos que buscam dirimir os abismos financeiros que antes impediam os candidatos de chegar ao eleitorado, como a utilização da internet, sobretudo das redes sociais, durante a campanha.

O presente trabalho é composto por três capítulos. O primeiro faz uma breve explanação acerca da relação entre os partidos e a democracia; apresenta os sistemas de financiamento de campanha eleitoral (público, privado e misto), realizando o cotejo entre as vantagens e as problemáticas de cada um. Além disso, explica o sistema de financiamento de campanha eleitoral no Brasil, perpassando por suas principais alterações até o presente momento.

O segundo capítulo trata da ADI 4.650, demonstrando, em um primeiro momento, a legitimidade do STF para o julgamento do caso, uma vez que houve a intervenção judicial em uma questão política - a chamada judicialização da política -, que suscitou pontos interessantes na discussão. Este capítulo também versa sobre as questões trazidas pelos autores da ADI, momento em que houve a análise dos votos dos Ministros no debate. Na parte final, realizaram-se questionamentos à decisão proferida pelo STF, trazendo indagações sobre a sua adequação à realidade brasileira.

Por fim, no terceiro capítulo, explorou-se como ocorreram as eleições municipais de 2016 após a ADI 4.650 e a minirreforma eleitoral, trazendo as principais alterações relativas à propaganda partidária e demonstrando a sua relação com o sucesso de um candidato. Além disso, houve o estudo das eleições municipais das capitais do Sudeste de 2016, realizando uma análise comparativa com as eleições de 2012, com o objetivo de fazer um contraponto da maneira como se deu o financiamento na prática, a partir dos dados disponibilizados pelo TSE.

Portanto, nesta pesquisa, serão analisados os impactos das novas alterações introduzidas nas eleições municipais das capitais do Sudeste em 2016, a partir dos dados disponibilizados no sítio do TSE, estudando em profundidade as motivações que levaram à decisão da ADI pelo STF e a sua adequação à realidade social brasileira.

2. SISTEMAS DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL

Antes de adentrarmos na problemática do financiamento de campanha eleitoral propriamente dito, devemos, preliminarmente, tecer algumas ponderações acerca da democracia brasileira e a sua relação com os partidos políticos.

Os partidos políticos são de fundamental importância para a sobrevivência da democracia representativa, uma vez que esta é exercida majoritariamente por intermédio da atuação daqueles, pois, apesar de o exercício direto dos cidadãos estar consagrado no parágrafo único, do art. 1º, da Carta Magna, este é bem restrito, como se verá adiante.

Salienta-se que o referido artigo traz a ideia de que “Todo poder emana do povo”. Entretanto, quem é o *povo* a que se refere este artigo? Este conceito abarca toda a população brasileira? Por óbvio que não. Isto é, a expressão “povo” aqui se refere tão somente aos cidadãos, uma vez que a parte final deste artigo traz que o povo exerce o poder “por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ademais, o art. 14, da CRFB/88, trouxe as oportunidades de exercício do poder de forma direta pelos cidadãos, a saber: plebiscito, referendo e iniciativa popular. Ressalta-se que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a população brasileira como um todo foi consultada apenas duas vezes (TSE, 2017): um plebiscito, em 1993, sobre o regime e o sistema de governo, em que se optou pelo regime republicano e pelo sistema presidencialista; e um referendo, em 2005, acerca da proibição da comercialização de armas de fogo e munições, em que se alteraria o art. 35, do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), mas que a população rejeitou.

A democracia não se resume ao direito a votar e ser votado. Miguel reitera a premissa que

a ideia de "democracia representativa", em que o processo eleitoral ocupa um lugar central, hoje tornada lugar-comum, é bastante recente. Para o pensamento clássico - e, na verdade, até Montesquieu, Rousseau e os federalistas, no século XVIII -, democracia e eleições não se confundiam. Enquanto a democracia se apoia na premissa da igualdade fundamental entre todos os cidadãos, a eleição contempla uma seleção. (2003, p. 130)

Nesta toada, segundo Dahl, para uma sociedade ser considerada como democrática, do ponto de vista ideal, ela tem que abranger uma série de requisitos:

(a) Participação efetiva: antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política; (b) Igualdade de votos: quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais; (c) Entendimento esclarecido: dentre os limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências; (d) Controle de programa de planejamento: os membros devem ter a oportunidade exclusiva de decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento; (e) Inclusão dos adultos: todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. (2001 [1998], p. 49)

Portanto, muito embora a palavra *democracia* seja utilizada para diferentes ocasiões, para Dahl, sua definição consiste em “um conjunto de regras e princípios, uma constituição, que determinará como serão tomadas as decisões da associação” (2001 [1998], p. 49). Deve-se garantir a participação popular nas tomadas de decisões em todos os momentos. Isto é, antes, na escolha dos representantes por meio das eleições; durante, havendo o cumprimento das decisões, ou ainda por meio de instrumentos como referendo e plebiscito; e, sobretudo, depois, com controle e *accountability* social, como será demonstrado no tópico 2.3.

Após esta breve explanação, destaca-se, mais uma vez, a importância dos partidos políticos para o sistema democrático, visto que a democracia representativa é majoritariamente exercida por meio da atuação destes, embora não seja realizada da melhor forma possível. Assim, passa-se à análise dos sistemas de financiamento de campanha eleitoral.

Regular o sistema de financiamento de campanha eleitoral de um Estado não é tarefa simples, posto que são os próprios partidos os sujeitos e os destinatários das normas elaboradas. Além disso, a regulação do modelo de financiamento a ser adotado perpassa necessariamente por uma ampla análise de fatores políticos, econômicos, jurídicos e sociais, que tangenciam esta escolha e que são variáveis em cada lugar do globo.

Neste sentido, ressalta-se que não há modelo de financiamento eleitoral correto ou errado. Trabalha-se com a ideia da existência de um modelo de financiamento que seja mais ou menos adequado à realidade vivida por uma população em um determinado contexto

histórico político e social, no qual sejam consideradas as suas particularidades e os fatores externos que o influenciam.

Preliminarmente, cabe conceituar campanha eleitoral. Segundo Gomes, esta é definida como o “complexo de atos e procedimentos técnicos empregados por candidato e agremiação política com vistas a obter o voto dos eleitores e lograr êxito na disputa de cargo público-eletivo” (2014, p. 335). Noutras palavras, campanha eleitoral é o período em que os candidatos buscam conquistar o eleitorado para que, por meio de seus votos, possam lograr êxito nas eleições e, dessa forma, chegar ao poder.

Salienta-se ainda que a campanha eleitoral é apenas uma das fases do processo eleitoral, que, segundo Gonçalves, é “o encadeamento de atos tendentes à escolha dos representantes por meio das eleições, culminando com a diplomação dos candidatos e o julgamento das ações eleitorais” (2012, p. 132). Para o Ministro Celso de Mello, na relatoria da ADI 3.345,

o processo eleitoral, enquanto sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função do tríplice objetivo que persegue, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes (p. 16)

Este procedimento, por óbvio, despende gastos, os quais precisam ser financiados de alguma forma. Nesta toada, o financiamento de campanha eleitoral é o fator responsável pela obtenção de recursos monetários para custear a realização da campanha, podendo ser estruturado de formas distintas: financiamento exclusivamente público ou privado, ou, ainda, uma das inúmeras combinações de financiamento misto.

O financiamento público é definido por Valdés como sendo “o sistema consistente em outorgar aos partidos subvenções procedentes do erário do Estado destinados a cobrir os gastos realizados por eles no desenvolvimento das suas atividades” (1990, p. 192). O financiamento público é o sistema em que os partidos políticos têm acesso à verba disponibilizada pelo Estado, de modo que este valor destinado pelo Poder Público é

distribuído entre os partidos, conforme critérios aritméticos previamente designados para a realização da campanha.

Em contrapartida, o financiamento privado consiste em um modelo no qual os agentes privados podem contribuir para o sistema de financiamento, a saber: pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas (empresas). Estes sujeitos podem participar ativamente do financiamento por meio da doação de valores que serão revertidos em favor da campanha eleitoral, a depender dos quesitos adotados pelo Estado.

Com relação ao sistema de financiamento misto, este consiste em uma alternativa aos dois modelos de financiamento anteriormente apresentados, visto que é justamente uma combinação entre os dois sistemas. Dessa forma, além de o financiamento eleitoral conter parte do dinheiro proveniente dos cofres públicos, a campanha também pode angariar recursos de pessoas físicas e/ou jurídicas.

Após esta breve explanação acerca dos conceitos dos sistemas de financiamento, passa-se à análise mais detalhada sobre cada um deles.

2.1 Do financiamento público de campanha eleitoral

Preliminarmente, cabe destacar que, historicamente, o financiamento privado de campanhas eleitorais permaneceu por um longo tempo como sendo a única forma de arrecadação que os partidos contavam para manter suas atividades e divulgá-las. Entretanto, na segunda metade do século XX, iniciaram-se fortes movimentos que questionavam os possíveis danos provenientes deste modelo.

Rubio demonstra que

as constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial haviam incorporado os partidos políticos como instituições fundamentais da democracia, e a constitucionalização dos partidos implicava certa obrigação do Estado para com a garantia de seu funcionamento (2005, p. 8)

Dessa forma, partindo do pressuposto da relevância dos partidos políticos para o exercício da democracia, conforme explorado no Capítulo 1, o financiamento público passa a ser visto como uma maneira de incentivo à própria democracia pelo Estado, sendo assim uma maneira de fomentá-la. Valdés (1990) identifica este modelo de financiamento como uma

medida positiva do Estado frente a uma série de observâncias impeditivas, que tem como fim materializar a igualdade e o pluralismo político.

Para os defensores do financiamento público eleitoral, argumenta-se que este modelo proporciona uma maior efetividade da garantia da igualdade de chances ou ao menos a redução das desigualdades na competição. Segundo Santano (2014), existem dois perfis de igualdade de oportunidades: o primeiro se relaciona com o direito de igualdade na origem, em que o Estado deve assegurar um ponto de partida igual para todos os competidores. Ao passo que o segundo desdobramento consiste na necessidade de o Estado atuar positivamente em favor desta igualdade de chances.

No mesmo sentido, Lorencini afirma que

o princípio da igualdade de oportunidades é identificado a partir de duas dimensões: a positiva e a negativa. No campo da dimensão positiva, significa que a lei deve assegurar aos concorrentes em um processo eleitoral a igualdade de armas na disputa. Sob a dimensão negativa, o princípio se conforma na vedação à influência de fatores exógenos ao processo eleitoral que desequilibrem a mencionada igualdade de armas. (2015, p. 153)

Assim, a fim de efetivar o direito de igualdade de oportunidades entre os competidores, o Estado deve buscar distribuir as subvenções públicas de maneira proporcional entre os partidos, considerando sua influência política e tendo em vista que os pequenos e os novos têm menor poder econômico e de preponderância frente aos tradicionais.

A diminuição do número de filiados impactou diretamente na receita dos partidos. Neste sentido, Biezen (2004) demonstra que, em razão da crise da militância, as agremiações partidárias sofreram a redução do número de pessoas que anteriormente trabalhavam como voluntários. Diante disso, houve o fenômeno da contratação de profissionais remunerados, o que onerou ainda mais as agremiações.

Santano aponta como possível fator responsável pela redução do número de filiados, dentre outros, o desenvolvimento dos chamados partidos *catch-all*, que são consequências da forte presença estatal nos partidos, inclusive por meio do financiamento.

O apoio econômico que o Estado começou a conceder aos partidos passou a ser fundamental para a sua própria vida política, e se para a manutenção dessa ajuda eram necessários eleitores, a lógica obrigava a fazer política a partir de determinada ideologia, porém flexibilizando tais ideais, facilitando o convencimento e a captação de votantes (2014, p.12)

Esse trecho demonstra que muito antes de nós escolhermos um candidato ou um partido político, são eles que nos escolhem. É dizer, são os candidatos e os partidos que optam qual classe social irão representar. Assim, a teoria dos partidos *catch-all* desenvolvida por Kirchheimer (2012 [1966]) explica que esta evolução tornou as agremiações extremamente custosas, a partir de gastos crescentes com propaganda política e sua profissionalização objetivando apenas o triunfo eleitoral. Neste diapasão, Santano complementa que

a participação partidária torna-se simbólica, privilegiando a impermeabilidade a imobilidade da elite dentro da organização. O próprio militante “tipo” com forte identificação ideológica termina desprezado na estrutura real de poder, que, em virtude da “transversalidade” que garante o sucesso, acaba reduzindo a vida política partidária à estrita relação entre a elite do partido e os eleitores (2014, p. 12).

Dessa forma, os partidos *catch-all* trouxeram como consequência a sua desideologização, resultando em um eleitorado apático politicamente e menos fiel, o que gerou, portanto, uma drástica redução do número de filiados.

O fenômeno da infidelidade partidária - ao menos no caso brasileiro - também agrava a crise de representatividade, visto que aparenta fragilidade nas legendas, além de demonstrar que estas possuem ideologia rasa, resultando em um entendimento social de que os agentes políticos agem pensando somente em seus interesses próprios (FALCÃO, 2010).

Assim, financiamento público pode ser perigoso à própria democracia (inclusive à intrapartidária) pela possibilidade de gerar o isolamento das agremiações com relação à sociedade, em razão do comodismo dos partidos que sejam identificados como “parasitas estatais” - aqueles que não se engajam de maneira efetiva politicamente, empenhando-se somente para receber as subvenções do Estado.

Caso este sistema não proporcione mecanismos para que as agremiações se aproximem do eleitorado, pode resultar no agravamento, ainda maior, da crise de representatividade, servindo tão somente para os partidos travestirem interesses nocivos ao sistema por trás da fachada democrática propiciada pelo Estado, de modo a desvirtuar este

modelo como um todo, além de gerar uma condição de dependência ou até mesmo submissão em relação ao Estado⁵²¹.

Para os defensores deste sistema, havendo a redução do dinheiro privado nas campanhas, haverá, conseqüentemente, a drástica diminuição da influência que este provoca no pleito eleitoral. Entretanto, argumenta-se que este modelo não elimina o financiamento realizado de maneira ilegal, uma vez que os partidos continuarão tendo necessidades financeiras cada vez maiores para se manterem no Poder, até porque, conforme demonstrado anteriormente, com a evolução dos partidos, a função do dinheiro nas democracias é incontestável.

Adentra-se, portanto, em outro viés acerca do financiamento público: o dinheiro utilizado provém da sociedade como um todo, por meio dos tributos, em sua maior parte. Todavia, quando se trata de uma democracia (ou ao menos quando se almeja alcançá-la), não é prudente que todos os cidadãos sejam forçosamente *obrigados* a custear os partidos, posto que, em se tratando de uma democracia, pressupõe-se que os cidadãos sejam livres para decidir *como* querem participar, *em que medida* querem colaborar e, inclusive, *se* desejam participar.

Decidir sobre quais serão os critérios adotados para permitir o acesso e realizar a divisão destes aportes entre os partidos ainda é um desafio para os países que adotam este sistema, visto que esta distribuição é o quesito essencial para proporcionar a concretização do princípio da igualdade de oportunidades entre os competidores (ou ao menos dirimir as desigualdades existentes entre eles), para que haja a existência de um sistema mais justo e mais democrático, como se busca em sua essência.

2.2 Do financiamento privado de campanha eleitoral

O financiamento privado de campanhas eleitorais consiste na forma de subsidiar as atividades partidárias do período eleitoral por meio da contribuição de pessoas físicas e/ou jurídicas, a depender dos critérios adotados pelo Estado.

⁵²¹Santano (2014) também expõe que há uma preocupação inversa com relação à estatização dos partidos, uma vez que seriam eles quem monopolizariam o Estado.

O princípio da igualdade de oportunidades, pilar do financiamento público, embora seja desejável e funcione como indicativo para orientar a democracia, assemelha-se a uma utopia de veras inalcançável. Nesse diapasão, Schneider (1995) argumenta que não é possível assegurar a igualdade de chances entre os partidos de forma absoluta, bem como é inviável garantir aos cidadãos a sua participação de maneira igualitária na política. Dessa forma, o financiamento privado seria o modelo mais condizente com a realidade social dos Estados.

Salienta-se ainda que a contribuição pecuniária é apenas uma das possíveis formas de contato do eleitorado com os partidos. Entretanto, pode ser um dos meios mais eficazes de controle social, posto que, quando há envolvimento de dinheiro de uma pessoa que contribuiu voluntariamente, pressupõe-se que esta tenha maior interesse em supervisionar *onde e de que maneira* esta contribuição foi empregada.

Argumenta-se fortemente para legitimar o sistema privado de financiamento, o fato que não são destinados montantes vultosos de verbas públicas que poderiam ser destinados a outros setores sociais mais urgentes e deficitários - como saúde, educação, segurança e transporte -, especialmente diante do cenário de crise econômica e apatia política por parte dos cidadãos atualmente. Rubio embasa esta ideia ao abordar que “O aumento dos fundos destinados à atividade política não é facilmente justificável em sociedades como as da América Latina, geralmente com economias frágeis — quando não em franca crise — e importantes demandas sociais insatisfeitas” (2005, p. 10).

Além disso, a influência demasiada das contribuições pecuniárias conquistadas no processo de financiamento das campanhas é uma das maiores preocupações daqueles que são contrários a este sistema. Esta argumentação baseia-se na grande chance do surgimento de um liame de dependência construído - e possivelmente mantido - entre financiado e financiador. Esta relação pode comprometer a independência dos partidos e, conseqüentemente, a da própria democracia. Gomes assinala que

muito se discute acerca da conveniência do financiamento privado, porquanto ao eleito cedo ou tarde sempre se enviarão as faturas, já que, conforme dizia Tomás de Aquino, nesse mundo não há ação sem finalidade. Com efeito, ninguém (sobretudo as pessoas, físicas ou jurídicas, que doam expressivos recursos) contribui financeiramente para uma campanha sem esperar retorno do agraciado, caso seja eleito. De sorte que, uma vez eleito, fica o donatário comprometido com o doador que o apoiou concreta e significativamente.
(...)

Para muitos, a doação de campanha constitui verdadeiro investimento, do qual se espera retorno econômico-financeiro. Há que se recuperar as altas somas doadas à campanha, de preferência com acréscimo de bons lucros. (2014, p. 337)

Desta feita, entende-se que a influência demasiada do poder econômico pode desvirtuar e, conseqüentemente, deslegitimar o processo político, posto que as políticas públicas devem ser estabelecidas de acordo com as necessidades dos cidadãos e não das grandes empresas que financiaram os partidos e os candidatos.

Salienta-se ainda que um dos principais argumentos contrários ao financiamento privado é a problemática da corrupção. Defende-se que este modelo seria o grande responsável pela corrupção eleitoral, sendo uma das maiores portas de entrada de verbas arrecadadas ilegalmente.

Este fundamento sustenta-se pelo fato de a corrupção não ser exclusividade de um sistema de financiamento específico, podendo ocorrer em qualquer modelo em que os mecanismos de controle sejam falhos, posto que a fiscalização dos recursos deve ocorrer antes, durante e depois. É dizer, deve-se monitorar tanto a forma de arrecadação dos aportes financeiros, quanto a destinação deles. Assim, resta esvaziado o argumento da proibição de dinheiro privado nas campanhas eleitorais como solução da problemática.

Perante esta explanação, parece que a ADI 4.650 ao ser julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal caminhou em sentido contrário, muito embora essa análise será realizada em momento oportuno.

2.3 Do financiamento misto de campanha eleitoral

Buscando como objetivo o ponto de equilíbrio entre o financiamento público e o privado, o financiamento misto surgiu como uma alternativa aos dois modelos anteriormente apresentados. Este pode ser adotado utilizando a combinação de diversos critérios, a depender da escolha de cada Estado.

O sistema misto de financiamento tem-se mostrado uma tendência a ser adotada pelos países. Entretanto, ressalta-se que, embora misto, pode haver uma maior evidência do financiamento público ou privado.

Não se pode olvidar que, apesar de o modelo misto privilegiar um dos sistemas e permitir a adoção de critérios diferenciados entre os países, isto não significa necessariamente afirmar que uma democracia é mais qualificada que outra, baseando-se exclusivamente nos critérios do sistema de financiamento eleitoral, até porque, dentre as externalidades que levam à escolha deste modelo, consideram-se a forma de governo e os sistemas eleitorais de cada um.

Salienta-se que, no tocante ao ponto de equilíbrio que se deseja alcançar, o sistema não pode ser adotado pensando-se exclusivamente no combate à corrupção, de maneira a aniquilar a entrada de aportes privados, visto que é necessário que haja reais condições de existência e competição entre as agremiações para a sobrevivência da democracia.

Portanto, admitindo-se que o sistema privado pode gerar males em decorrência da influência monetária e o público restringe o valor envolvido nas campanhas podendo limitar a competição eleitoral, o sistema misto de financiamento, em razão da facilidade de possuir inúmeras combinações de critérios que proporcionam a sua adequação às particularidades de cada Estado, parece ser a alternativa mais viável e que possui o maior número de países adeptos mundialmente. Nesta toada, Rubio afirma que

o mais aconselhável é estabelecer um sistema misto, que inclua o financiamento público e o privado. O primeiro, com base em critérios de distribuição que combinem os princípios de igualdade e proporcionalidade com algum elemento objetivo de enraizamento dos partidos na sociedade (votos, bancadas parlamentares, fundos arrecadados etc.). O segundo, regulado de maneira a garantir a transparência sobre o montante, a origem e o destino dos recursos recebidos, com as limitações que sejam oportunas segundo as condições de cada país. (2005, p. 11)

Em linhas gerais, este modelo pode surgir como uma opção por privilegiar a liberdade para que os partidos conquistem suas contribuições pecuniárias, por permitir a participação da sociedade (atuação importante para a consolidação da democracia), além de garantir aportes financeiros por parte do Estado às agremiações que não obtiveram êxito na arrecadação.

Portanto, a partir da explanação deste tópico, e admitindo-se o sistema misto de financiamento eleitoral como tendência adotada por diversos países, será realizado o estudo do sistema de financiamento eleitoral brasileiro e, em seguida, da ADI 4.650, com o objetivo

de analisar a congruência da decisão do Supremo Tribunal Federal com a realidade histórica, política e social brasileira.

2.4 Sistema de financiamento de campanha eleitoral no Brasil

Para realizar a análise do sistema de financiamento de campanha eleitoral vigente no Brasil, faz-se necessário, anteriormente, fazer uma breve explanação acerca do histórico político do país para compreender as razões que levaram a sua alteração.

Por força da antiga Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682/71), que vigorou de 1971 a 1995, as pessoas jurídicas eram proibidas a contribuírem financeiramente para as campanhas, fazendo com que o sistema de financiamento eleitoral fosse substancialmente público, uma vez que as pessoas físicas no Brasil historicamente não têm a cultura de realizar doações para partidos ou candidatos, conforme demonstrado nas eleições de 2012, em que as pessoas físicas doaram menos de 5% dos recursos arrecadados (ETHOS, 2014).

No entanto, o sistema de financiamento no Brasil passou por modificações significativas com a presidência de Fernando Collor de Mello em 1990. Durante o mandato do então Presidente, instalou-se uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) a fim de averiguar a ilicitude de atos de licitação conduzidos pela Comissão de Orçamento da Câmara.

Este foi o primeiro grande caso de corrupção no país envolvendo financiamento de campanhas, posto que a justificativa para o dinheiro apreendido no esquema de favorecimento das licitações foi que o valor era restante do financiamento da sua campanha.

A partir dos trabalhos iniciados por esta Comissão, restou comprovado que as empresas privadas, especialmente as empreiteiras, mantinham um cartel e realizavam o pagamento de propina para conseguirem vantagens em licitações. Paulo César Farias, tesoureiro da campanha de Collor à época, era o organizador do esquema descoberto, sendo que, neste jogo - ou venda - de interesses, o Presidente fora diretamente favorecido pela prática de corrupção ao angariar verbas para si e para sua campanha (GEDDES; RIBEIRO NETO, 2000).

O referido episódio político fora descoberto e culminou no *impeachment* do presidente Collor, em 1992, apenas dois anos após o início do mandato. A reação legislativa ao

escândalo foi justamente a regulação das contribuições de pessoas jurídicas privadas para partidos e candidatos por meio da Lei nº 9.504/1997.

A Lei das Eleições - como também é conhecida a Lei nº 9.504/1997- estabeleceu, em seu art. 81, valores máximos de contribuição das empresas, limitando a 2% do faturamento bruto obtido no ano anterior à eleição. Esta lei também foi responsável por regular, em seu art. 23, o financiamento por parte das pessoas físicas, limitando a doação a 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição.

Com esta regulação, as pessoas jurídicas ganharam protagonismo no financiamento de campanhas, fazendo com que o modelo, apesar de permanecer misto, fosse predominantemente privado. Nas eleições gerais ocorridas em 2014, as doações provenientes de empresas representaram cerca de 76,47% de um total de mais de R\$ 3 bilhões recebidos (TSE, 2015). Fato este que corrobora para que as eleições brasileiras sejam consideradas uma das mais caras do mundo (SENADO, 2012). Isto ocorre, segundo Falcão, devido a “uma estrutura grande e cara, composta de jornalistas, especialistas em marketing político-eleitoral (os famosos marqueteiros), advogados, além de uma equipe de bastidores” (2010, p. 55). Ressalta-se que este é apenas um dos fatores para o alto custo das campanhas eleitorais brasileiras, conforme será demonstrado no tópico 3.1.

Portanto, o modelo misto de financiamento no Brasil vigente até a decisão da ADI 4.650 admitia verbas públicas provenientes do Fundo Partidário (5% distribuídas igualmente entre os partidos e 95% proporcionalmente ao número de cadeiras obtido na Câmara dos Deputados na última eleição), doações de pessoas físicas (limitadas a 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição) e de pessoas jurídicas (limitadas a 2% do faturamento bruto obtido no ano anterior à eleição), nos termos do que preconizam os arts. 23 e 81, da LE.

Este cenário de domínio das empresas no financiamento eleitoral permaneceu até a decisão proferida pelo STF, em sede da referida ADI, em 2015, na qual foi declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

A decisão da ADI supracitada juntamente com a edição da Lei nº 13.165/2015 foram responsáveis por alterações substanciais no Código Eleitoral, na LE e na LPP. Todo esse

processo de mudanças eleitorais ficou conhecido como a minirreforma eleitoral de 2015. Cumpre salientar que essas modificações já foram aplicadas nas eleições municipais ocorridas em 2016, e implicaram em mudanças significativas relacionadas à propaganda, limite de gastos, período de campanha eleitoral, dentre outros pontos, que serão estudados no tópico 3.1. deste trabalho.

3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650

Realizadas as considerações iniciais, passa-se à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), no ano de 2011. A referida ADI questionava os arts. 23, § 1º, I e II; 24; e 81, *caput* e § 1º, da LE, e os arts. 31; 38, III; 39, *caput* e § 5º, da LPP. Isto é, a presente ação suscitou a possibilidade das doações realizadas por pessoas jurídicas; a imposição de limite às doações provenientes de pessoas físicas; e a inexistência de limitação para o uso dos recursos próprios pelos candidatos.

O Ministro Luiz Fux foi designado relator da ADI e convocou a realização de audiências públicas sobre a temática. Cinco entes da sociedade civil participaram da ação como *amicus curiae*, a saber: Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados (PSTU), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPMDS) e Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Clínica UERJ). O Congresso Nacional, a Advocacia-Geral da União e a Presidência da República foram intimados como interessados.

O julgamento da ADI nº 4.650 foi encerrado em 17 de setembro de 2015 e suscitou o debate de temas relevantes que serão abordados nos subtópicos a seguir.

3.1 Questões suscitadas

Superado o debate inicial acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da presente ação, adentra-se nas questões constitucionais atinentes ao financiamento de campanhas eleitorais trazidas à discussão.

A parte autora questionou três pontos: a doação de pessoa natural condicionada à porcentagem de ganho do ano anterior; a doação de valores ilimitados pelo candidato para sua própria campanha e a doação por pessoas jurídicas privadas.

Os autores da ação tinham por objetivo desvincular a doação de pessoa física ao percentual de 10% do faturamento do ano anterior e sugeriram que o limite de doação fosse realizado pela forma *per capita*, estabelecendo um valor limite para todas as contribuições, visto que, quando o sistema adota a doação por porcentagem permite que a pessoa que tenha obtido maior renda possa doar maior montante que outra.

Dessa forma, o modelo de doação *per capita* estipularia o valor fixo que cada um poderia contribuir, a fim de restabelecer o princípio da isonomia entre as pessoas físicas com relação ao processo de financiamento eleitoral.

Ademais, o mesmo argumento foi apresentado para sustentar a criação do teto de doação do candidato para sua própria campanha. Isto é, pela previsão contestada, o candidato pode doar para si todo o recurso a ser utilizado na campanha, desde que respeitado o limite de gastos trazido pela Lei 13.165/2015⁵²².

A discussão no Plenário acerca das primeiras questões foi rasa. O Supremo Tribunal Federal manteve os critérios adotados pela Lei das Eleições. Todavia, com relação ao financiamento de campanha por pessoas jurídicas, que é a principal questão suscitada pelo caso em tela, o STF se debruçou de forma mais complexa.

Conforme já demonstrado no tópico 1.4 deste trabalho, a Lei nº 9.504/97, em seu art. 81, ditava que as empresas poderiam doar até 2% do faturamento bruto do ano anterior para campanhas eleitorais. No entanto, a construção da argumentação trazida pela parte autora é que essa previsão legal é maléfica para a sociedade brasileira, em razão da violação do princípio da isonomia e também da própria estrutura da política nacional.

⁵²² A saber: **Governador e Prefeito** (art. 5º, I e II, da Lei 13.165/2015): 70% (setenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve apenas um turno; 50% (cinquenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve dois turnos; para o segundo turno das eleições, onde houver, o limite de gastos será de 30% (trinta por cento) do valor previsto no inciso I; Nos Municípios de até dez mil eleitores, o limite de gastos será de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para Prefeito; **Vereador** (art. 5º, parágrafo único, Lei 13.165/2015): Nos Municípios de até dez mil eleitores, o limite de gastos será de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para Vereador, ou o estabelecido no caput se for maior.

A questão é extremamente sensível e dotada de uma série de variáveis, o que suscitou posicionamentos divergentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A maioria da Corte⁵²³ acolheu os argumentos apresentados pela parte autora. Dessa forma, para o STF, o financiamento de campanha eleitoral por empresas deslegitima o processo eleitoral e favorece a prática de corrupção dentro do ambiente político.

No caso, suscitou-se a violação dos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*, e art. 14, §9º, CRFB), da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CRFB), da cidadania (art. 1º, II, CRFB) e do Estado Democrático de Direito e da República (art. 1º, *caput* e parágrafo único, CRFB).

O princípio da igualdade de chances na competição⁵²⁴ foi um dos mais discutidos pelo Plenário, visto que é desejável a sua concretização para que a disputa eleitoral seja considerada legítima e democrática. Questionou-se, portanto, de que forma este princípio poderia ser materializado dentro de um sistema que permite doações vultosas de pessoas jurídicas sem que isto afete o equilíbrio da corrida eleitoral.

Neste sentido, visando a proteger as eleições da influência do poder econômico, no julgamento da ADI 4.650, entendeu-se que admitir doações provenientes de pessoas jurídicas significaria admitir a violação deste princípio, uma vez que, em razão de doações com valores exorbitantes, as eleições poderiam ficar comprometidas em sua legitimidade. Para Santano (2014), somente a partir de eleições realmente competitivas, com respeito à igualdade de oportunidades entre os candidatos, ocorrerá uma decisão democrática mais legítima.

Entretanto, cumpre ressaltar que a Constituição Federal não deseja impossibilitar a entrada de aportes financeiros nas eleições - até porque as eleições por si só geram gastos -, mas sim a *influência* destes na disputa eleitoral. Aqui a influência do poder econômico no pleito ocorre não somente quando este é capaz de gerar um desequilíbrio entre os concorrentes, mas também quando esta influência é tanta, que gera uma eleição com resultado duvidoso.

⁵²³ Os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes foram os únicos que não aderiram inteiramente o voto do relator Luiz Fux, votando pela constitucionalidade da previsão de doação por empresa privada.

⁵²⁴ Conceito exposto por Santano (2014) no tópico 2.1. deste trabalho.

Além deste viés do princípio da igualdade, também há aquele assegurado no art. 5º, *caput*, da CRFB, que afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Os defensores da proibição do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas entendem que este modelo é capaz de permitir que alguns agentes sociais detenham de maiores possibilidades de intervenção no andamento do processo eleitoral por meio da participação econômica, violando, portanto, o princípio democrático, uma vez que retira a força do poder popular.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou na discussão da ADI 4.650 a relação existente entre democracia e financiamento. No caso, apesar de interpretações divergentes acerca da questão, a posição da maioria do Plenário seguiu o entendimento da parte autora e entendeu que o financiamento eleitoral de pessoas jurídicas viola o princípio democrático. Entretanto, o Ministro Teori Zavascki, que proferiu voto vencido no caso, elaborou interessante observação:

(...)o dinheiro pode fazer muito mal à democracia, mas ele, na devida medida, é indispensável ao exercício e à manutenção de um regime democrático. Onde está o equilíbrio, como conter os excessos, como direcionar o fluxo dos recursos apenas para o bem da democracia evitando corrupção e conluio, essas são algumas das perguntas cujas respostas são incessantemente buscadas, no Brasil e em muitos outros países, por especialistas e legisladores. (BRASIL, p. 139)

Quanto à violação do princípio da cidadania, fundamento elencado no art. 1º, II, da CRFB, sustentou-se a tese de que a democracia deveria ser construída por cidadãos e para os cidadãos, priorizando, portanto, os interesses da maioria - os cidadãos - e não os anseios de uma minoria elitista, aqui representada pelas pessoas jurídicas que financiaram o pleito.

Portanto, em 17 de setembro de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, acompanhando o Ministro relator Luiz Fux, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos, que permitiam a doação de pessoas jurídicas para financiamento de campanhas eleitorais. Foram vencidos os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

4. ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2016

A partir da análise dos votos dos Ministros, o principal fundamento que embasa o entendimento dos votos favoráveis à inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados

concentra-se na possibilidade de corrupção com a permissão do financiamento eleitoral por pessoas jurídicas.

Entretanto, esta premissa do STF parece falha e isso foi analisado nas eleições municipais ocorridas em 2016, as primeiras que se sucederam após as alterações trazidas pela ADI 4.650 e a Lei 13.165/2015. Neste sentido, sempre que a legislação eleitoral é alterada, sobretudo com relação ao dinheiro envolvido por trás do processo eleitoral, não somente as regras do jogo são modificadas, mas, certamente, as peças envolvidas no jogo, que aqui são os candidatos.

Cumprе salientar que essas eleições foram uma experiência para todos os partidos, assim como para os candidatos e, embora tenha havido a proibição das contribuições financeiras por pessoas jurídicas visando justamente à política mais igualitária, a vedação das doações das empresas às campanhas não inibiu a prática do chamado “caixa dois”⁵²⁵.

A maior motivação dos partidos para a prática de condutas ilegais é a falta de transparência, a não publicidade dos dados internos de suas finanças, a quase total ausência de sanções e a sua consequente impunidade. Deve-se considerar que o sistema de sanções penais é a última peça de uma longa cadeia e, caso a verificação dos dados e seus mecanismos de controle não sejam eficazes, as penas resultarão igualmente falhas (SANTANO, 2014).

4.1 Das eleições municipais de 2012 e de 2016 nas capitais do Sudeste

Em razão da existência de mais de 5.500 municípios, cada um com suas peculiaridades, Speck e Cervi advertem que “não é possível analisar eleições municipais no Brasil como se elas acontecessem em um “grande distritão”, de modo a desconsiderar as particularidades geradas pelas diferenças no número de eleitores de cada distrito eleitoral” (2014, p. 82).

Desta forma, ao se estudar as eleições municipais de 2016 ocorridas nas capitais do Sudeste e, embora cada estado e município tenha suas particularidades, trata-se da região que abarca os maiores colégios eleitorais do país. Isto é, a região Sudeste concentra cerca de 43% do eleitorado do país (TSE, 2017), com mais de 63 milhões de eleitores.

⁵²⁵ O chamado “caixa dois” consiste em dinheiro de campanhas eleitorais que não constam na prestação de contas apresentado à Justiça Eleitoral, são aportes não contabilizados.

Portanto, neste trabalho, analisa-se se as capitais desta região podem vir a ser uma tendência em todo o Brasil frente às novas regras de financiamento.

Com o auxílio do cientista político Rodrigo Alves Porto, como objeto desta pesquisa, foram selecionados os dois candidatos à prefeitura mais votados das capitais do Sudeste no ano de 2012 (Tabela II) e no ano de 2016 (Tabela III), a partir dos dados disponibilizados pelo TSE (2016). Em posse das informações adquiridas, foram elaborados gráficos que demonstraram bem o impacto e as consequências das alterações legislativas nas eleições municipais em estudo. Ressalta-se, mais uma vez, que no ano de 2016 já houve a aplicação das novas regras de financiamento e, em razão disso, não consta a coluna “Empresas” na Tabela III.

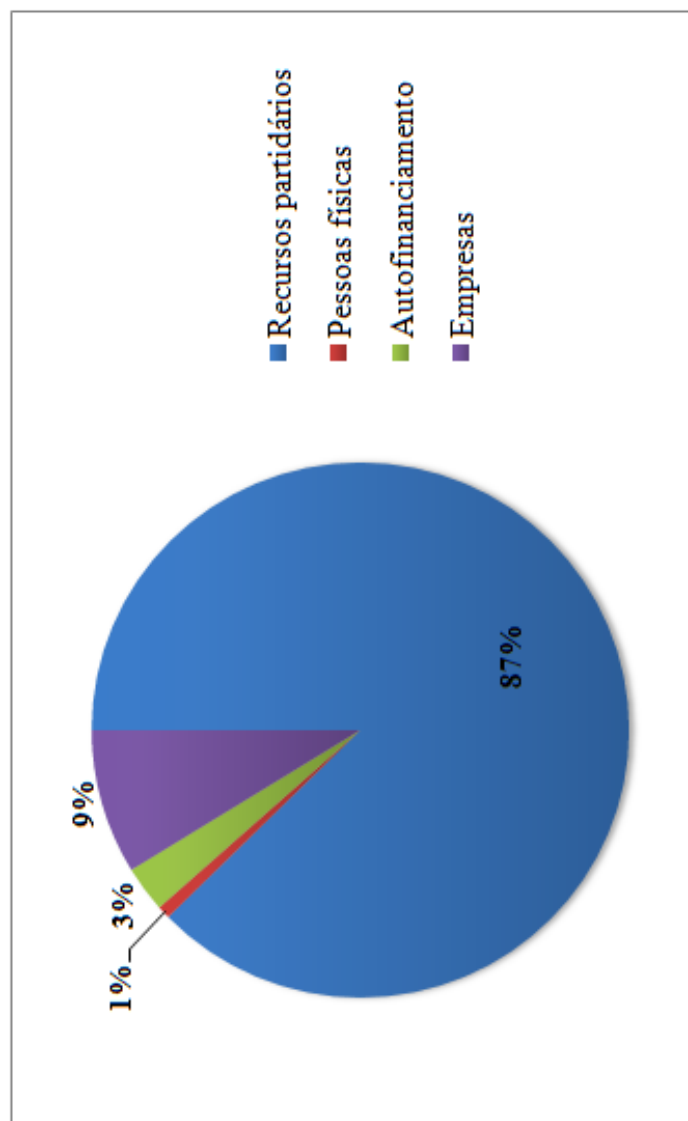
Assim, realizadas as devidas considerações iniciais, passa-se a análise dos resultados obtidos.

TABELA II – Eleições municipais de 2012

Município/ UF	Candidatos	Eleito	Recursos Partidários	Empresas	Pessoas Físicas	Autofinancia- mento	Total
Vitória/ES	Luciano Rezende (PPS)	Sim	R\$ 1.593.192,52	R\$ 442.000,00	R\$ 55.174,44	R\$ 3.011,81	R\$ 2.093.378,77
Vitória/ES	Luiz Paulo (PSDB)	Não	R\$ 4.100.000,00	R\$ 1.228.846,72	R\$ 57.800,00	R\$ 1.500,00	R\$ 5.388.146,72
Belo Horizonte/ MG	Marcio Lacerda (PSB)	Sim	R\$ 15.699.734,55	R\$ 2.002.600,00	R\$ 152.850,00	R\$ 4.000.000,00	R\$21.855.184,55
Belo Horizonte/ MG	Patrus Ananias (PT)	Não	R\$ 16.509.395,90	R\$ 790.537,00	R\$ 81.480,00	R\$ 26.866,25	R\$17.408.279,15
Rio de Janeiro/RJ	Eduardo Paes (PMDB)	Sim	R\$ 18.792.463,10	R\$ 2.401.278,00	R\$ 15.000,00	-	R\$21.208.741,10
Rio de Janeiro/RJ	Marcelo Freixo (PSOL)	Não	R\$ 63.399,82	R\$ 226.430,87	R\$ 749.730,53	-	R\$ 1.039.561,22
São Paulo/SP	Fernando Haddad (PT)	Sim	R\$ 38.308.152,67	R\$ 3.765.558,00	R\$ 3.700,00	-	R\$42.077.410,67
São Paulo/SP	José Serra (PSDB)	Não	R\$ 31.809.353,58	R\$ 1.765.000,00	-	-	R\$33.574.353,58
TOTAL			R\$126.875.692,14	R\$ 12.622.250,59	R\$ 1.115.734,97	R\$ 4.031.378,06	R\$144.645.055,7

Fonte: TSE, tabela da autora.

GRÁFICO I – Eleições municipais de 2012



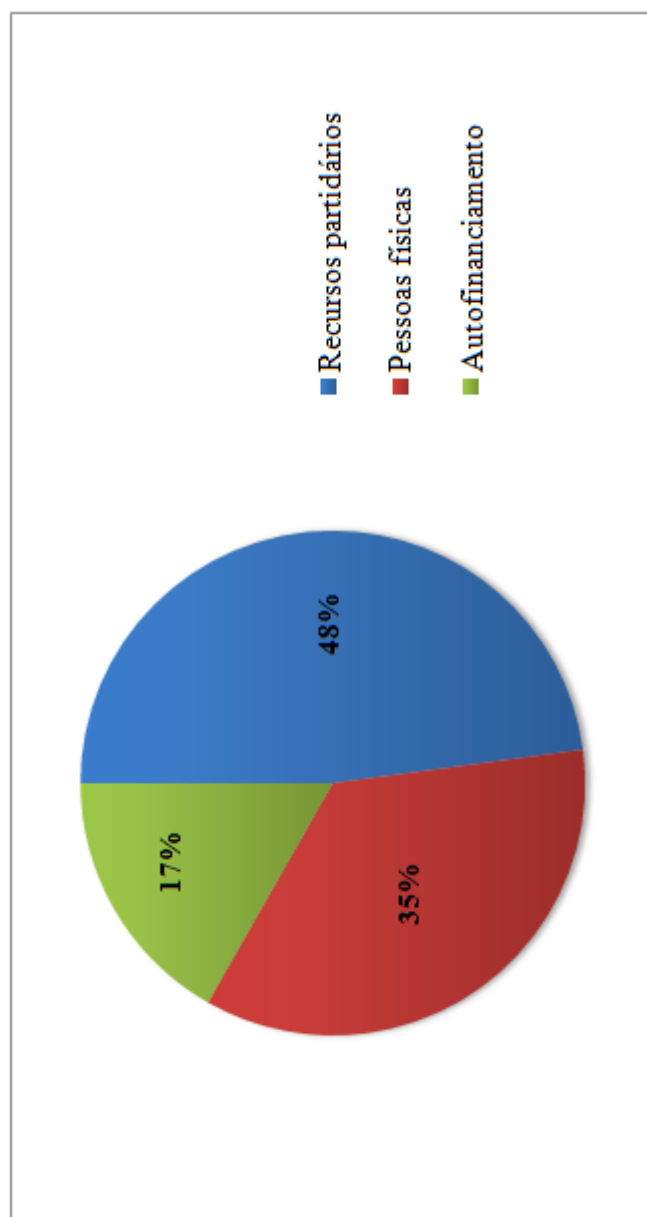
Fonte: TSE, gráfico da autora.

TABELA III – Eleições municipais de 2016

Município	Candidatos	Eleito	Recursos Partidários	Pessoas Físicas	Autofinanciamento	Total
Vitória	Luciano Rezende (PPS)	Sim	R\$ 400.000,00	R\$ 55.254,86	R\$ 1.650,00	R\$ 656.904,86
Vitória	Amaro Neto (SD)	Não	R\$ 854.249,91	R\$ 36.927,50	R\$ 6.450,00	R\$ 897.627,41
Belo Horizonte	Alexandre Kalil (PHS)	Sim	R\$ 200.000,00	R\$ 872.344,97	R\$ 2.435.000,00	R\$ 3.507.344,97
Belo Horizonte	João Leite (PSDB)	Não	R\$ 2.924.000,00	R\$ 991.500,10	R\$ 500,00	R\$ 3.916.000,10
Rio de Janeiro	Marcelo Crivella (PRB)	Sim	R\$ 9.400.374,81	R\$ 263.800,00	-	R\$ 9.664.174,81
Rio de Janeiro	Marcelo Freixo (PSOL)	Não	R\$ 483.200,76	R\$ 1.859.577,99	-	R\$ 2.342.778,75
São Paulo	João Doria (PSDB)	Sim	R\$ 3.531.500,00	R\$ 4.471.195,08	R\$ 4.444.100,00	R\$ 12.446.795,08
São Paulo	Fernando Haddad (PT)	Não	R\$ 1.864.826,94	R\$ 5.761.524,30	-	R\$ 7.626.351,24
TOTAL			R\$ 19.658.152,42	R\$ 14.512.124,80	R\$ 6.887.700,00	R\$ 41.057.977,22

Fonte: TSE, tabela da autora.

GRÁFICO II - Eleições municipais de 2016



Fonte: TSE, gráfico da autora.

Preliminarmente, cabe ressaltar que os dados demonstram valores das capitais do Sudeste e, em razão disso, é cediço que estas não podem ser uniformemente consideradas como se retratassem a realidade brasileira, uma vez que três das quatro capitais aqui estudadas estão entre as cinco que exercem maior peso no PIB⁵²⁶, sendo consideradas, portanto, as mais ricas do país (IBGE, 2016). Neste sentido, é importante salientar que o resultado obtido não pode ser interpretado como parâmetro da realidade social do Brasil como um todo, muito embora possa ser apontado como um indicativo das mudanças introduzidas pela nova legislação eleitoral.

Realizadas as devidas vênias, segue a explanação do resultado. A partir dos dados levantados, o primeiro apontamento que merece destaque é a diferença na quantidade de verbas arrecadadas entre as eleições. As eleições municipais de 2012, considerando apenas as quatro capitais do Sudeste, envolveram R\$ 144.645.055,76, ao passo que em 2016, houve o investimento de R\$ 41.057.977,22, implicando em uma redução de mais de 70% com relação às eleições anteriores.

Nas eleições de 2012, as verbas provenientes dos recursos partidários tiveram influência significativa sobre a arrecadação dos candidatos (87%). Entretanto, ressalta-se que grande parte da origem desta verba provém de doações empresariais. As empresas doavam quantias vultosas aos partidos e estes repassavam aos candidatos. Esta era uma maneira de a empresa não ficar “marcada” ao demonstrar apoio a determinado candidato, realizando, portanto, uma doação indireta. Dessa forma, o valor doado pelas empresas é muito maior que o aparentemente demonstrado nos 9% (R\$ 12.622.250,59) do Gráfico I.

Além disso, apesar do histórico político brasileiro das pessoas físicas não doarem, o que pode ser demonstrado no valor irrisório de R\$ 1.115.734,97 doados por pessoas físicas nas eleições em estudo de 2012, representando apenas o percentual de 1% do valor total, constatou-se o impressionante aumento de 1200% com relação às eleições de 2016, em que foram doados R\$ 14.512.124,80, que representou cerca de 35% do valor total arrecadado em 2016, após a proibição da entrada de aportes empresariais.

Ainda com relação às doações de pessoas físicas, nota-se que Fernando Haddad, nas eleições de 2012, foi o candidato que obteve menos verbas oriundas de pessoas físicas,

⁵²⁶ São Paulo (1°), Rio de Janeiro (2°), Belo Horizonte (5°).

resultando no parco valor de R\$ 3.700,00, apesar de ter sido o candidato que obteve a maior arrecadação dentre os sujeitos em observação naquela eleição (R\$ 42.077.410,67). Contudo, contraditoriamente, em 2016, Haddad foi o candidato que conquistou maior quantia proveniente de pessoas físicas, resultando em R\$ 5.761.524,30, valor expressivo que representou 75% do valor total da sua campanha.

Verificou-se que apenas 20 eleitores patrocinaram cerca de 40% (R\$ 2.228.250,00) do valor arrecadado por pessoas físicas na campanha de Haddad. Além disso, constatou-se que, ironicamente, todos estes 20 eleitores pertencem ao ramo empresarial, sendo sócios de grandes corporações⁵²⁷. Portanto, Haddad conseguiu ser o candidato que recebeu a maior quantia doada por pessoas físicas em razão de seus doadores serem pessoas com alto poder aquisitivo – e empresários.

Isto ocorre devido ao fato que a nova legislação eleitoral não foi alterada substancialmente em seu art. 23, § 1º, da LE, mantendo o limite de doação da pessoa física de 10% sobre os rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição - apesar de ter sido suscitada a sua inconstitucionalidade na ADI 4.650. Esta redação permite contribuições vultosas a depender da renda do doador, podendo grandes empresários (como ocorreu no caso de Haddad) realizarem notáveis doações. Neste sentido, o estabelecimento de um teto máximo igual para todos os cidadãos diminuiria esta problemática.

Outro candidato que merece destaque é Marcelo Freixo. Em 2012, este foi o candidato com maior arrecadação de verbas provenientes de pessoas físicas: R\$ 749.730,53. A diferença entre Freixo e o segundo candidato que mais arrecadou verba desta natureza, Marcio Lacerda, é o valor gritante de R\$ 596.880,53. Ressalta-se que, em uma eleição fortemente marcada pelo predomínio de doações empresariais, as pessoas físicas representaram o percentual de 72% do valor total da campanha do candidato do PSOL.

É importante trazer à baila que com a vedação das contribuições de pessoas jurídicas, a tendência observada foi a redução dos valores das campanhas. Isto é, todas as campanhas em análise de 2012 tiveram uma brusca queda na arrecadação com relação a 2016. Contudo, Marcelo Freixo foi o único candidato - considerando como objeto os dois candidatos mais

⁵²⁷ A partir dos nomes que constam no sítio do TSE, realizou-se uma pesquisa destes eleitores no buscador <https://www.consultasocio.com/>

votados de cada município - que conseguiu maiores aportes que os obtidos nas eleições anteriores: o candidato arrecadou mais que 100% do valor obtido nas eleições de 2012.

Ainda referente às eleições ocorridas em 2012, Freixo foi o candidato que obteve a menor arrecadação dentre os sujeitos em observação: apenas R\$ 1.039.561,22. Este valor representa somente 4,9% dos aportes financeiros do candidato eleito (Eduardo Paes). Entretanto, a quantia obtida foi suficiente para fazer com que Freixo fosse o segundo candidato à prefeitura do Rio de Janeiro mais votado.

Nas eleições de 2016, destaca-se que Marcelo Freixo conseguiu chegar ao segundo turno e conquistou 40,64% (1.163.662 votos) do eleitorado do município em questão, mesmo tendo obtido apenas o equivalente a 24% do valor da campanha de Marcelo Crivella (candidato eleito). Além disso, ressalta-se que o PMDB lançou Pedro Paulo como candidato à prefeitura do Rio de Janeiro e este obteve R\$ 9.223.254,27, resultando no segundo candidato com maior verba recebida dentre os candidatos à prefeitura do Rio de Janeiro, representando cerca de 96% do valor recebido pelo candidato eleito, apesar desta não ter conseguido levar o peemedebista ao segundo turno.

Ademais, notou-se que 62% do valor recebido por Marcelo Freixo vieram por meio de doações de pessoas físicas pela internet. Destaca-se ainda que este foi o candidato que mais utilizou a internet como forma efetiva de financiamento, resultando na maior arrecadação por financiamento coletivo do Brasil⁵²⁸. O uso das redes sociais também foi um forte aliado de Freixo durante a campanha, sendo responsável por sua grande visibilidade, apesar de notavelmente ter menos recursos que outros candidatos.

A partir da análise dos dados apresentados, sobretudo, do aumento significativo do aumento das doações de pessoas físicas, inferem-se algumas informações. A primeira delas é que o perfil do doador está mudando e as pessoas estão participando mais da vida política. Entretanto, acredita-se que esta é uma visão ingênua do contexto político brasileiro atual, inclusive, diante da crise política e financeira enfrentada pelo Brasil nos últimos anos, que acarretaram em corriqueiras manifestações envolvendo milhares de brasileiros.

⁵²⁸ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/freixo-arrecada-1-milhao-bate-recorde-de-financiamento-coletivo-no-brasil-20248854>. Acesso em: 22.05.2017.

A segunda faceta da análise do levantamento destes dados, embora seja perniciosa, parece mais próxima da realidade brasileira, justamente pelo histórico político e social: o aumento surpreendente da participação de pessoas físicas nas eleições de 2016, na verdade, é resultado de doações de altos valores por empresários, conforme constatado na campanha de Haddad, visto que estes continuam doando quantias vultosas, muito embora respeitem a legislação.

A ADI 4.650 buscou afastar o dinheiro proveniente das pessoas jurídicas das campanhas eleitorais. Entretanto, a partir da análise dos dados, este permaneceu presente por meio das contribuições dos sócios que estão por trás das empresas. Além disso, como causas do aumento significativo de doações de pessoas físicas nas eleições, cogita-se a possibilidade das antigas empresas financiadoras dispersarem valores doados por meio de contribuições vindas de seus empregados, travestindo os interesses empresariais; ou ainda pessoas que “alugaram” o número do CPF para mascarar doações, pulverizando, assim, o montante doado por determinado sujeito a fim de não levantar suspeitas sobre ele.

Salienta-se que, apesar das desconfianças enviesadas envolvendo corrupção no que diz respeito ao aumento exagerado do valor das doações de pessoas físicas nas eleições de 2016, não há dados empíricos que comprovem estas suspeitas. Diante disso, acredita-se que as informações constantes no sítio do TSE correspondem à realidade e atendem ao princípio da transparência, muito embora esta mudança abrupta do perfil do doador brasileiro cause estranheza. O fato de a Justiça Eleitoral realizar somente a análise quantitativa e não qualitativa da prestação de contas, conforme demonstrado no tópico 2.3., também corrobora para a desconfiança das quantias que constam no sítio.

5. CONCLUSÃO

Preliminarmente, acreditava-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.650 havia sido acertada, visto que a corrupção envolvendo financiamento eleitoral por empresas era prejudicial à política e, conseqüentemente, à sociedade brasileira. Dessa forma, a proibição da entrada de aportes financeiros provenientes de pessoas jurídicas deixaria as eleições mais igualitárias e democráticas, como aspiravam os Ministros em seus votos na ADI.

Entretanto, ao estudar os sistemas de financiamento, concluiu-se, a partir da exposição realizada no Capítulo 1, que proibir contribuições de empresas nas campanhas eleitorais não resolve a problemática da corrupção brasileira na política. Muito pelo contrário, com mecanismos de fiscalização e transparência falhos - como é o caso do Brasil -, a vedação da entrada de dinheiro desta natureza prejudica ainda mais o controle social, visto que não é possível acompanhar o “caminho” percorrido da entrada e da saída do dinheiro no caixa um.

Partindo do pressuposto que o dinheiro é inerente à sobrevivência da política, saber quem são os financiadores por trás dos personagens políticos é necessário para a construção de uma democracia forte. Diante disso, ao analisar minuciosamente os votos da ADI 4.650, em que os Ministros fincaram seus maiores argumentos na redução da corrupção política, a Corte proferiu uma decisão que não se adéqua à realidade brasileira. É dizer, a decisão precisa considerar a realidade social do país em que concretizará seus efeitos, posto que o Direito faz parte de um sistema que deve estar em consonância com as demais esferas sociais que o pareiam. Nesta toada, ao tratar do contexto brasileiro, é cediço que o financiamento da política é apenas uma das brechas em que corrupção pode encontrar espaço, sendo, portanto, uma das suas consequências e não a sua causa.

Ao analisar como a ADI 4.650 influenciou nas eleições municipais das capitais do Sudeste, em 2016, percebe-se, a partir do estudo das tabelas e dos gráficos constantes no Capítulo 3, que houve o aumento surpreendente de doações provenientes de pessoas físicas. Contudo, ainda surgem questionamentos acerca das pessoas que estão por trás destas doações, uma vez que o Brasil passa por uma grave crise de representatividade. É dizer, não se acredita na mudança abrupta do perfil do doador brasileiro. Infere-se que os empresários estão realizando doações vultosas, apesar de respeitarem a legislação vigente, como se verificou na campanha de Haddad. Dessa forma, a tentativa do Judiciário de afastar os aportes financeiros das empresas do campo eleitoral se mostra falha, visto que estes financiadores estão por trás das grandes corporações e tentam manter seus privilégios e interesses como ocorria anteriormente.

Além disso, cogita-se, como justificativa do aumento significativo de doações de pessoas físicas nas eleições, a possibilidade das antigas empresas financiadoras dispersarem valores doados por meio de contribuições vindas de seus empregados; ou ainda pessoas que

“alugaram” o número do CPF para mascarar doações, pulverizando, assim, o montante doado por determinado sujeito a fim de não levantar suspeitas sobre ele.

Ressalta-se que, embora haja estas desconfianças no que diz respeito ao aumento exagerado do valor das doações de pessoas físicas nas eleições de 2016, não há dados empíricos que comprovem estas suspeitas. Diante disso, tem-se como pressuposto que as informações constantes no sítio do TSE correspondem à realidade e atendem ao princípio da transparência, muito embora esta mudança abrupta do perfil do doador brasileiro cause estranheza.

Ademais, a realidade social brasileira parece não comportar os efeitos práticos da ADI 4.650. É dizer, as eleições municipais de 2016, apesar de terem sido uma nova experiência para todos os partidos e candidatos com a introdução das alterações eleitorais, mostrou um diagnóstico inicial de que os recursos arrecadados foram insuficientes para realizar campanhas eleitorais com a mesma estrutura habitual, muito embora tenha havido o aumento do Fundo Partidário⁵²⁹.

O dinheiro para o financiamento da política ainda se faz necessário para a existência dos partidos. Como consequência, diante da queda significativa da arrecadação e, sem o dinheiro das pessoas jurídicas – que eram as maiores financiadoras da política –, já houve a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, por meio da Lei nº 13.487, de 06 de outubro de 2017, que destinará, inicialmente, cerca de R\$ 1,7 bilhão para o financiamento das campanhas de 2018. Entretanto, no contexto social do Brasil, diante da precariedade dos serviços públicos básicos, a sociedade brasileira não tem se mostrado disposta a pagar esta conta.

Portanto, após todas as reflexões trazidas neste trabalho, acredita-se que mais importante que alterar o sistema de financiamento eleitoral de um país, é tornar os mecanismos de controle e transparência realmente eficazes; aplicar e cumprir a legislação já existente; fortalecer a *accountability* horizontal e vertical; limitar a doação da pessoa física e jurídica, visto que, as medidas citadas poderão trazer resultados mais satisfatórios com relação à diminuição da corrupção e do abuso do poder econômico que a pura e simples proibição da entrada de aportes empresariais nas campanhas eleitorais.

⁵²⁹ Em 2014, o valor era de R\$ 365 milhões (TSE, 2017). Ao passo que, em 2016, o valor mais do que dobrou e foi fixado em R\$ 819 milhões (TSE, 2017).

A partir das eleições gerais de 2018 será possível verificar melhor como as alterações eleitorais relativas ao financiamento das campanhas tem se consolidado, uma vez que o recorte das eleições municipais das capitais do Sudeste, evidentemente, não reflete a realidade do Brasil como um todo, muito embora seja um forte indicativo da maneira como as mudanças ocorreram em um primeiro momento. Portanto, este trabalho não termina aqui, visto que ao final há mais questionamentos que respostas, inquietações que servirão como combustível para continuar esta pesquisa com novos recortes em um futuro próximo.

6. REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28.05.2017.
- _____. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm. Acesso em: 28.05.2017.
- _____. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 28.05.2017.
- _____. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13165.htm. Acesso em: 28.05.2017.
- _____. **Senado Federal. Eleições no Brasil são as mais caras do mundo**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/09/15/eleiassau-es-no-brasil-sapso-as-mais-caras-do-mundo>. Acesso em: 28.05.2017
- _____. **Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF**. Relator: FUX, Luiz. Data do Julgamento: 17.09.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28.05.2017.
- _____. **Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345/DF**. Relator: MELLO, Celso de. Data do Julgamento: 19.08.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3345&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 26.06.2017.
- _____. **Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 16734**. Relatora: VAZ, Laurita. Data do Julgamento: 10.04.2014
- _____. **Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 1159-05**. Relator: NORONHA, Otávio Noronha. Data do Julgamento: 31.03.2014.
- _____. **Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 15732**. Relator: ALCKMIN, Eduardo. Data do Julgamento: 07.05.99.
- _____. **Tribunal Superior Eleitoral. Presidente do TSE fala sobre financiamento de campanha eleitoral em evento na República Dominicana**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Janeiro/presidente-do-tse-fala-sobre-financiamento-de-campanha-eleitoral-em-evento-na-republica-dominicana>. Acesso em 28.05.2017.
- _____. **Tribunal Superior Eleitoral. Plebiscitos e Referendos**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em 15.05.2017.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral. Estatísticas de eleitorado.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/consulta-quantitativo>. Acesso em 27/06/2017

DAHL, Robert. **Sobre a democracia.** Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder - Formação do patronato político brasileiro.** 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001.

FILGUEIRAS, FERNANDO. **Corrupção, Democracia e Legitimidade.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GARCÍA, Ramón Cotarelo. **Los partidos políticos.** Madrid: Espanha, 1985.

GEDDES, Barbara. RIBEIRO NETO, Artur. **Fontes institucionais da corrupção no Brasil.** In: ROSEN e DOWNES (orgs.). *Corrupção e reforma política no Brasil: O impacto do impeachment* de Collor. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 47-79.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral.** 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Luiz Carlos Dos Santos. **Direito Eleitoral.** 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. **A responsabilidade das empresas no processo eleitoral:** Edição 2014. São Paulo: 2014. Disponível em: https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2014/08/A-Responsabilidade-das-Empresas-no-Processo-Eleitoral_20141.pdf . Acesso em: 12.06.2017.

KATZ, Richard S. MAIR, Peter. **El Partido Cartel.** In: *Las Transformaciones de los Modelos de Partidos y de La Democracia de Partidos – Zona Abierta.* Madrid: n. 108-109, p. 9-42, 2004.

KIRCHHEIMER, Otto. **A transformação dos sistemas partidários da Europa Ocidental.** Rev. Bras. Ciênc. Polít., Abr 2012, no.7, p.349-385.

KINGDON, John Wells. **Agendas, alternatives, and public policies.** New York: HarperCollins, 1995.

LORENCINI, Bruno César. **Os Limites ao Poder Econômico no campo do Financiamento Eleitoral.** In: *Messa, Siqueira Neto e Barbosa (coords.). Transparência Eleitoral.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153-177.

MIGUEL, Luis Felipe. **Representação Política em 3-D: Elementos para uma teoria ampliada da representação política.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 51, 2003, p.123-140.

_____. **Os meios de comunicação e a prática política.** Lua Nova, nº 50, 2002, p.155-184.

_____. **Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política.** Rev. Sociol. Polit., Nov 2005, n.25, p.25-38.

_____. **Accountability em listas abertas.** Rev. Sociol. Polit., Out 2010, vol.18, no.37, p.183-200.

_____. **Capital político e carreira eleitoral: algumas variáveis na eleição para o Congresso brasileiro.** Rev. Sociol. Polit., Jun 2003, no.20, p.115-134.

MILLS, Charles Wright. **A elite do poder.** Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. **Financiamento da política no Brasil.** 2010. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

RUBIO, Delia Ferreira. **Financiamento de partidos e campanhas: Fundos públicos versus fundos privados.** Novos estud. - CEBRAP no.73 São Paulo Nov. 2005, p.6-16.

_____. **Financiamiento político en el Cono Sur.** In: Griner, Steven e Zovatto, Daniel (orgs.). De las normas a las buenas prácticas: el desafío del financiamiento político en América Latina. San José de Costa Rica: OEA-Idea, 2004.

SANTANO, Ana Claudia. **O financiamento da política: Teoria geral e experiências no direito comparado.** 2ª Ed. Curitiba: Íthala, 2014.

SILVA, Fernando Neves da. **Financiamento da campanha política e corrupção eleitoral.** In Revista Consulex, ano VII, n. 144, p. 36-40.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Cinco teses sobre o financiamento da competição política e a proposta da respectiva reforma.** In: Revista Jurídica Consulex, ano VIII, n. 179, jun, 2004.

_____. SACCHET, Teresa. SANTOS, Fernando Henrique dos. **Financiamento de campanhas de homens e mulheres candidatos a deputado estadual e deputado federal nas eleições gerais de 2010 no Brasil.** In: Alves, Pinto, Jodão (orgs.). Mulheres nas eleições 2010. São Paulo: ABCP, 2012, p. 68-105.

_____. CERVI, Emerson Urizzi. **Voto, dinheiro e horário eleitoral: uma aplicação do Método de *path analysis* para explicar os condicionantes da eleição para prefeito do Brasil.** 2014. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/03/voto-dinheiro-e-horario-eleitoral-aplicacao-metodo-path.pdf>. Acesso em: 20.05.2017.

VALDÉS, Roberto Luis Blanco. **Los Partidos Políticos.** Madrid: Tecnos, 1990.

_____. **Las Conexiones Políticas: Partidos, Estado, Sociedad.** Madrid: Alianza Editorial, 2001.

WILLIAMS, Robert. **Aspects of Party Finance and Political Corruption.** In: Williams (ed.). Party finance and political corruption. London: McMillan Press, p. 199-210, 2000.

ZOVATTO, Daniel. **Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada.** In: Opinião Pública, Campinas, vol. XI, n. 2, p. 287-336, 2005.