

ORGANIZADORES:

FÁBIO LIMA QUINTAS
JANETE RICKEN LOPES DE BARROS

GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO: TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDB/IDP

TURMA II/2011

AUTORES:

ANA CAROLINA FIALHO SCANDIUZZI
ELIZABETH DIAS DOS SANTOS
FABÍOLA SANTOS MESSIAS
LUANNA FONSECA DE SOUSA KALIL
NEWTON FLÁVIO DE OLIVEIRA TEMOTEO
PAULO ROBERTO CARDOSO
REBECCA DE SOUZA PAIVA
YOHANNA MARESSA ALVES BORGES



INSTITUTO
BRASILIENSE DE
DIREITO PÚBLICO

Organização

Fábio Lima Quintas
Janete Ricken Lopes de Barros

**GRANDES TEMAS DA GRADUAÇÃO
TCC DA GRADUAÇÃO DE DIREITO DA EDB/IDP
TURMA II/2011**

1ª edição

Autores:

Ana Carolina Fialho Scandiuzzi

Elizabeth Dias dos Santos

Fabíola Santos Messias

Luanna Fonseca de Sousa Kalil

Newton Flávio de Oliveira Temoteo

Paulo Roberto Cardoso

Rebecca de Souza Paiva

Yohanna Maressa Alves Borges

IDP
Brasília
2016

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

MEMBROS EFETIVOS:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto
Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

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

Quintas, Fábio Lima (Org.)

Grandes temas da Graduação: TCC da Graduação de Direito da EDB/IDP turma II/2011. / Organizadores Fábio Lima Quintas; Janete Ricken Lopes de Barros. – Brasília: IDP, 2016.

277p.

ISBN:978-85-9534-000-8

1. Graduação. 2. Direito. 3. Trabalhos acadêmicos.

I. Título. II. Fábio Lima Quintas. III. Janete Ricken Lopes de Barros.

CDDir 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
OS DESAFIOS REGULATÓRIOS DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO	8
Ana Carolina Fialho Scandiuzzi	8
A LEGITIMIDADE ELEITORAL ATIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - LEI Nº 13.146/2015.....	43
Elizabeth Dias dos Santos	43
A DIVERGÊNCIA ENTRE O TJDF – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL – E O TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO CRIME DE “PIRATARIA”	73
Fabiola Santos Messias	73
OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO: UMA REFLEXÃO.....	96
Luanna Fonseca de Sousa Kalil	96
A ESCOLHA DOS ADMINISTRADORES REGIONAIS DO DISTRITO FEDERAL ATRAVÉS DE ELEIÇÃO DIRETA E A OBSERVÂNCIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL	134
Newton Flávio de Oliveira Temoteo	134
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CANDIDATO POR ELEIÇÃO SUPLEMENTAR.....	174
Paulo Roberto Cardoso	174
SUPREMOCRACIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PARADOXO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO.....	196
Rebecca de Souza Paiva	196
REFLEXÕES PSICOJURÍDICAS SOBRE A SÍNDROME DE MANCHAUSEN POR PROCURAÇÃO	249
Yohana Marêssa Alves Borges	249

APRESENTAÇÃO

Fábio L. Quintas

Janete Ricken Lopes de Barros

Na perspectiva do aluno, o Trabalho de Conclusão de Curso constitui um desafio singular na etapa final de sua formação superior, traduzindo-se, por isso mesmo, num marco na conclusão do curso de Direito, por exigir que o aluno supere a visão ainda hoje comum de que o processo de ensino e aprendizagem é unilateral, ao colocar o professor como fonte do conhecimento e o aluno como mero destinatário das informações. De fato, a pesquisa demandada para a elaboração de uma monografia exige do aluno uma postura ativa no processo de ensino e aprendizagem.

A atualidade dos problemas de pesquisa, a maturidade das reflexões apresentadas e a qualidade da pesquisa empreendida nos trabalhos que constituem o presente volume indicam que o projeto pedagógico da Escola de Direito de Brasília tem tido êxito na proposta de unir o ensino, a pesquisa e a extensão e de superar essa prática de ensino unilateral. Com monografias que alcançam as mais diversas áreas do conhecimento jurídico, os bacharéis da Escola de Direito de Brasília mostram que pesquisa não se reduz a reproduzir o senso comum teórico, mas exige aptidão para problematizar o conhecimento jurídico adquirido ao longo do curso, para utilizá-lo e para reconstruí-lo a partir dos problemas que nos cercam, próprios de uma sociedade complexa, que não se deixa absorver por modelos teóricos e abstratos.

Se há a constatação de que o curso de direito da EDB está implementando com consistência seu projeto pedagógico, deve-se enfatizar, ainda, o mérito dos alunos, especialmente os dos autores desse volume, oriundos da turma 2/2011 (que é a segunda turma de graduação formada pela EDB/IDP), que tiveram seus trabalhos selecionados pelas bancas aos quais se submeteram.

No campo do direito administrativo, abordando os desafios regulatórios impostos ao Estado em face de novos fenômenos econômicos, Ana Carolina Fialho Scanduzzi nos brinda com consistente trabalho sobre a economia do compartilhamento, orientado pela Prof^a. Cristiane Coelho.

No âmbito do direito eleitoral, Elizabeth Dias dos Santos, sob orientação do Prof. Dr. Fábio Quintas, promove pesquisa sobre a legitimidade eleitoral ativa da pessoa com deficiência mental, considerando o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, dialogando com o direito internacional e com o direito civil. Ainda no âmbito do direito eleitoral, Paulo Roberto Cardoso,

orientado pelo Prof. Daniel Falcão, examina a possibilidade de responsabilizar civilmente o candidato que tiver dado causa a eleição suplementar.

No campo do direito penal, Fabíola Santos Messias, orientada pelo Prof. Flávio Daher, realizou estudo empírico sobre o perfil decisório de dois Tribunais de Justiça a respeito do tratamento dado ao crime de “pirataria”, à luz do princípio da adequação social, concebido originalmente pelo jurista alemão Welzel.

Luanna Fonseca de Sousa Kalil, sob orientação do Prof. Norberto Mazai, traz instigante reflexão sobre problema relevante na teoria do direito, concernente às interconexões entre o direito e a moral, trazendo em primeiro plano a discussão a respeito da legitimidade de o agente público apresentar objeção de consciência para se escusar de exercer suas funções públicas.

Newton Flávio de Oliveira Temoteo, que contou com a orientação do Prof. Rodrigo Mudrovistch, coloca em evidência um problema próprio da Organização do Estado, no Federalismo brasileiro, questionando sobre a possibilidade de escolha dos Administradores Regionais do Distrito Federal por meio de eleição direta. Aqui surge uma importante discussão a respeito da natureza jurídica desses agentes públicos, para ponderar a pertinência de fazer prevalecer o princípio democrático ou a autonomia administrativa conferida ao Governador do Distrito Federal na gestão administrativa.

No âmbito do direito constitucional, Rebecca de Souza Paiva apresenta em sua monografia, elaborada sob a orientação do Prof. Daniel Falcão, uma competente revisão bibliográfica sobre a função da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, explorando a tensão entre democracia e constitucionalismo.

Por fim, Yohanna Marêssa Alves Borges, orientada pela Prof^a. Kenia Baurmann Gubert, mostra que é possível fazer pesquisa no âmbito do curso de graduação em direito abordando temática própria de outro campo do conhecimento, a psicologia. É o que se vê das instigantes “Reflexões Psicojurídicas Sobre A Síndrome De Manhausen Por Procuração”, que contou com a orientação da Profa.

É, então, com grande satisfação que apresentamos a 2ª edição do ebook “Grandes temas de Graduação”, convidando a todos a conferir a qualidade dos trabalhos que constituem o presente volume.

OS DESAFIOS REGULATÓRIOS DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO

Ana Carolina Fialho Scandiuzzi

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar em que medida a dinâmica da economia do compartilhamento afeta valores e interesses que o Estado protege e promove através da regulação da economia. Para tanto, descreveremos o que se entende por regulação econômica, recorrendo tanto à ótica econômica quanto à jurídica, e identificaremos os principais valores e interesses que guiam a atividade regulatória. Em um segundo momento, apresentaremos o fenômeno da economia do compartilhamento, descrevendo os pilares sobre os quais as diversas atividades inseridas nesse contexto se sustentam e apontando três setores da economia em que o modelo tem repercutido com mais força até hoje. Superados esses passos, identificaremos os principais desdobramentos regulatórios do fenômeno, apontando, ainda, questões específicas dos setores relevantes indicados, o que nos permite concluir que o modelo da economia do compartilhamento acaba por afastar a incidência das atuais legislações protetivas, requerendo um reposicionamento do Estado sobre o tema.

Palavras-chave: Desafios Regulatórios. Economia do Compartilhamento. Regulação Econômica.

ABSTRACT

This paper aims to investigate how the sharing economy affects values and principles that regulators protect or promote through the economic regulation. So, we begin by describing the legal and the economic concepts of regulation and by identifying the main values and principles that guide regulatory action. Afterwards we turn to the issue of what is the sharing economy and what are its foundations, pointing out the three most relevant markets where the sharing economy has had more impact until today. Subsequently, we identify the most important regulatory outspreads of the sharing economy and point out specific issues to each of the three relevant markets indicated. This will allow us to conclude that the sharing economy model ends up pushing away protective legislation, and that regulators should therefore reconsider the issue.

Keywords: Regulatory Challenges. Sharing Economy. Economic Regulation.

INTRODUÇÃO

Desde o final da última década, com o crescente acesso da sociedade à internet através de computadores pessoais (*desktops* ou *laptops*) e, mais recentemente, também por meio de aparelhos móveis (*smartphones* ou *tablets*), as relações pessoais, culturais e econômicas se transformaram profundamente em todo o mundo: a comunicação entre as pessoas ficou muito mais rápida e as interações sociais foram redefinidas; a divulgação de informações se tornou mais eficiente; o armazenamento de uma exponencial quantidade de dados e o acesso a eles

passaram a ser práticos; a aquisição de produtos e serviços foi facilitada; e as transações financeiras se tornaram cada vez mais rápidas e seguras.

As facilidades proporcionadas pela internet, cada vez mais presentes em nosso dia-a-dia, refletem uma incessante busca da sociedade por praticidade e comodidade, e pode-se dizer que esse esforço, aliado a um acelerado avanço tecnológico, culminou na chamada *sharing economy*, ou “economia do compartilhamento”, modelo baseado no uso de tecnologia da informação em prol da otimização do uso de bens e serviços. O fenômeno, que surgiu em um momento no qual o mercado estava saturado por crises financeiras, privilegia novas formas de acesso a bens e serviços, motivadas por uma tendência de uso racional dos bens, e representa o que muitos têm caracterizado como uma nova etapa de desenvolvimento econômico, no qual se superou a lógica do consumo em massa e do acúmulo de bens, típica do final do século passado¹.

As atividades descritas como parte da economia do compartilhamento, como os populares *Uber* e *Airbnb*, baseiam-se na redução de custos de transação² e no consumo e na prestação de serviços “desagregados”, que consistem na possibilidade de comprar, vender, doar e disponibilizar parcelas cada vez menores de bens, serviços ou experiências³. E apesar de se tratar de um fenômeno recente, seu sucesso é inquestionável: apenas em 2015, o modelo proporcionou às plataformas da economia do compartilhamento uma receita global de US\$ 15 bilhões, com estimativas de que, em 2025, esse valor atinja a cifra de US\$ 335 bilhões⁴.

Contudo, em que pese a rápida expansão e a popularidade dos modelos de consumo, de prestação de serviços e de empreendedorismo decorrentes da economia do compartilhamento,

¹ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo., Parecer Uber, p. 5. Disponível em: <<http://static1.squarespace.com/static/56bb500962cd94f9720d5920/t/56c480207c65e48b92a4ab67/1455718433781/Doc.+1+-+Parecer+dos+diretores+do+Instituto+de+Tecnologia+e+Sociedade+do+Rio+de+Janeiro+%28ITS%29%2C+Professores+Carlos+Affonso+Souza+e+Ronaldo+Lemos.+%28%29.pdf>>.

² Custos de transação são “*custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado*”. In PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados, 2005, p. 75.

³ RAUCH, Daniel E.; SCHLEICHER, David. Like Uber, bur for local governmental policy: the future of local regulation of the “sharing economy”, 2015, p. 11. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549919>.

⁴ Esses dados dizem respeito a cinco setores envolvidos na *sharing economy*: transportes, hospitalidade, financeiro, serviços e *streaming* de músicas e de vídeos. In PRICEWATERHOUSECOOPERS. The sharing economy: consumer intelligence series, 2015, p. 14. Disponível em: <<https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-consumer-intelligence-series-the-sharing-economy.pdf>>.

o fenômeno tem gerado diversas polêmicas em todo o mundo. As principais controvérsias dizem respeito às relações travadas entre as plataformas que adotam os novos modelos e os operadores tradicionais do mercado, entre aquelas e os consumidores e entre os prestadores de serviços e as plataformas, mas há também desdobramentos dos modelos que impactam a sociedade como um todo. Como se trata de uma ruptura de paradigmas recente e ainda pouco explorada e debatida acadêmica e politicamente, há muitas incertezas sobre como classificar e regular as atividades nele inseridas.

Neste artigo, buscaremos compreender em que medida a dinâmica da economia do compartilhamento afeta valores, interesses e direitos justificadores da atuação regulatória do Estado sobre a economia, muitas vezes materializados em legislações protetivas de direitos difusos, a fim de subsidiar o início de uma discussão sobre o fenômeno e sobre as possíveis soluções regulatórias para os conflitos existentes.

Para tanto, exploraremos brevemente a noção de regulação e as principais características da economia do compartilhamento. Além disso, identificaremos os principais conflitos decorrentes do fenômeno por meio da apresentação de seus desdobramentos regulatórios e de especificidades dos mercados de transporte, hospedagem e serviços. Ao final, concluiremos que os modelos adotados pelas plataformas da economia do compartilhamento acabam afastando legislações protetivas de direitos, afetando, assim, valores, interesses e direitos caros ao Estado regulador.

1 REGULAÇÃO ECONÔMICA

Sob uma ótica econômica, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi definem a regulação como o conjunto de normas, regulamentos e procedimentos ao qual o Estado recorre para alterar os incentivos e restrições com que operam os agentes econômicos, buscando corrigir as ineficiências geradas por falhas de mercado⁵. Segundo os autores, a regulação era vista

⁵ Falhas de mercado resultam, basicamente, da existência de externalidades, de uma distribuição assimétrica de informação e de monopólios naturais. Externalidades ocorrem quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa, ou a produção de uma empresa, afeta diretamente o bem-estar de outra pessoa ou empresa que não é parte na transação, fazendo com que nem todas as interações que ocorrem entre os agentes econômicos sejam intencionais e resultantes de acordo mútuo. A assimetria de informação, por seu turno, é verificada nas hipóteses em que os agentes econômicos realizam trocas com base em informações incompletas sobre os custos e benefícios que cada um terá como resultado de uma transação – em geral, uma das partes de uma transação sabe mais sobre as condições em que se realiza a transação do que a outra parte. O terceiro tipo de falha de mercado ocorre quando uma ou mais empresas gozam de poder de mercado (ou seja, são capazes de fixar seus preços acima do custo marginal), e a falta de pressão competitiva faz com que os diversos bens e serviços não sejam produzidos e consumidos nas quantidades ótimas, além de implicar na existência de incentivos mais fracos para que a empresa

historicamente como a substituição do mercado e da competição pelo comando estatal para garantir o bom desempenho da economia. Atualmente, contudo, reconhece-se que a regulação é utilizada como um incentivo para que as empresas, os consumidores e os demais agentes econômicos tomem decisões que maximizem o bem-estar social⁶.

O jurista Floriano de Azevedo Marques Neto, por sua vez, conceitua a regulação como toda a atividade do Estado sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica. Para ele, a regulação estatal é uma forma de intervenção indireta do poder público sobre o campo da economia, que envolve restrições à liberdade individual⁷. Essa concepção se distancia da visão limitada que identifica a regulação à restrição e ao controle exercido pelo poder público sobre setores específicos da economia, confundindo o gênero regulação com as espécies de regulação setorial sobre áreas específicas. Por isso, a noção de regulação estatal da economia por ele defendida não separa a regulação setorial, que pode recair sobre serviços públicos ou atividades econômicas específicas, de regulação geral, que envolve, por exemplo, a defesa da concorrência, do consumidor etc.

Segundo Marques Neto, através da regulação, o poder público maneja os instrumentos ao seu alcance para preservar e reproduzir o sistema regulado, assegurando a permanência do equilíbrio intra-sistêmico, e, eventualmente, a consecução de objetivos de interesse geral que se queiram ver atingidos. Assim, a regulação estatal não se limita à preservação das condições de reprodução da ordem econômica vigente – falhas de mercado –, mas envolve também a perseguição de objetivos de interesse público⁸.

Nesse sentido, Ana Frazão relaciona a regulação às legislações protetivas de direitos difusos e direitos de terceiros, notadamente quando estes estão em posição de vulnerabilidade⁹. Marçal Justen Filho, por sua vez, conceitua a regulação como a atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais, e também se preocupa em enfatizar que essa intervenção estatal é um instrumento para promover conscientemente os fins essenciais do Estado, devendo as providências adotadas se vincular aos

seja tecnicamente eficiente e introduza inovações de processo e produto. PINHEIRO e SADDI, op. cit., p. 257-259 e 286.

⁶ PINHEIRO e SADDI, op. cit., p. 254-255.

⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal, 2005, p. 3-4. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf>.

⁸ Ibidem, p. 5.

⁹ FRAZÃO, Ana. Projeto de lei que regula o Uber traz riscos trabalhistas e consumeristas, 13 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-13/ana-frazao-projeto-lei-regula-uber-traz-riscos-trabalhistas>>.

fins políticos e aos valores fundamentais buscados pelo Estado¹⁰.

1.1 REGULAÇÃO GERAL E LEGISLAÇÃO PROTETIVA DE DIREITOS

A Constituição brasileira de 1988 contempla a função estatal de regulação da economia expressamente (artigo 174), e estabelece, ainda que de forma indireta, certas balizas para a atividade regulatória estatal. Veja-se, por exemplo, que tanto a livre iniciativa quanto os objetivos da valorização do trabalho humano, da existência digna e da justiça social são fundamentos da ordem econômica (*caput* do artigo 170). Além disso, o constituinte enumerou, como princípios da ordem econômica, a propriedade privada e a livre concorrência – princípios de reserva à intervenção estatal (incisos II e III do artigo 170) – e a redução das desigualdades regionais e sociais ou a busca do pleno emprego – princípios que dependem de intervenção estatal para sua concretização (incisos VII e VIII do artigo 170). Essa aparente tensão entre os fundamentos e entre os princípios denota, na realidade, a opção do constituinte pela atuação reguladora do Estado, que justifica uma intervenção apta tanto a assegurar a livre concorrência quanto a implementar objetivos de interesse geral¹¹.

O delineamento constitucional da ordem econômica e financeira permite concluir que há incidência de regulação estatal tanto nos setores fortemente regulados quanto nas atividades econômicas menos condicionadas por regulamentos setoriais específicos. A regulação geral, que recai sobre o mercado como um todo, volta-se, em regra, à proteção ou à promoção de princípios expressos na Constituição, e muitas vezes se manifesta por meio de legislações protetivas. Neste trabalho, interessa-nos abordar a defesa da concorrência, a proteção ao consumidor e a valorização do trabalho, objetos de maior interesse na atividade regulatória estatal em razão do valor que possuem no ordenamento jurídico brasileiro e de sua relevância do ponto de vista econômico.

1.1.1 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Conforme destacamos, o artigo 170 da Constituição estabelece a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, e a livre concorrência como um de seus princípios. A livre iniciativa, que é um dos fundamentos da república brasileira (artigo 1º, IV), diz respeito à liberdade de entrada, permanência ou saída do mercado. O princípio da livre concorrência, por sua vez, está relacionado à competição honesta, à garantia de que todos têm direito de acessar

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 2014, p. 669.

¹¹ *Ibidem*, p. 6.

o mercado.

A eficiência econômica e do bem-estar social são os grandes objetivos da defesa da concorrência. Para existir competição, são necessárias regras que delimitem o que vale ou não na disputa entre empresas, e, em especial, o combate ao esforço constante das empresas para reduzir a concorrência. Nesse sentido, a política de competição opera por meio de dois tipos de instrumentos, aplicados essencialmente a todos os setores da economia¹²: o estabelecimento de estruturas competitivas de mercado para impedir o surgimento de empresas grandes o suficiente para deter poder de mercado, o que é feito tipicamente mediante o controle de atos de concentração; e a proibição de certas condutas empresariais, tanto para impedir que um grupo de empresas aja de forma concertada para manipular as condições de oferta (controle de condutas anticoncorrenciais) quanto para impedir que uma empresa dominante abuse de sua posição para prejudicar concorrentes menores (repressão ao abuso de poder econômico)¹³.

1.1.2 A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A Constituição de 1988 estabelece a defesa do consumidor não apenas como um princípio da ordem econômica (artigo 170, V), mas também como um direito fundamental (artigo 5º, XXXII). O tratamento diferenciado que o ordenamento jurídico brasileiro dá ao consumidor, com base principalmente na Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), parte da premissa de que existe uma desigualdade entre ele e o fornecedor, cabendo ao Estado equilibrar a relação de consumo. Nesse sentido, são dois os princípios que norteiam o direito do consumidor: o equilíbrio das relações entre fornecedor e consumidor e a premissa de que essa relação tem um vício de origem, que é a presumida hipossuficiência do consumidor.

A assimetria entre consumidores e fornecedores pode ser de tamanho ou de informação: a primeira reflete diferenças de poder de mercado entre consumidores e fornecedores – os consumidores não dispõem de controle sobre os bens de produção, e, por isso, estão submetidos ao poder dos fornecedores, titulares desse controle; a assimetria de informação, por sua vez, é a mais relevante do ponto de vista da proteção ao consumidor, na medida em que o que realmente diferencia o fornecedor do consumidor é o conhecimento que cada um tem do bem

¹² Há três exceções relevantes à aplicação desses instrumentos: nos setores em que existam monopólios naturais; em determinadas situações no mercado financeiro, em que o risco de crises sistêmicas às vezes se sobrepõe à preocupação com a competição; e em uma série de situações, explicadas por falhas de mercado ou por questões políticas e culturais, em que práticas anticompetitivas são toleradas – por exemplo, os sindicatos de trabalhadores, das cooperativas agrícolas e das barreiras de entrada em certos mercados de trabalho. PINHEIRO e SADDI, op. cit., p. 357.

¹³ PINHEIRO e SADDI, op. cit., p. 356.

ou serviço fornecido pelo primeiro ao segundo. Com efeito, a proteção ao consumidor se volta, em grande medida, à redução das assimetrias de informação entre os dois polos da relação de consumo e à exigência de que o fornecedor – que está, em regra, mais habilitado a avaliar os riscos e conhecer a veracidade dos fatos – se responsabilize por obter e divulgar corretamente as informações relevantes para o consumidor decidir sobre o consumo ou não do bem ou serviço¹⁴.

1.1.3 A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO

A ordem econômica e financeira brasileira, que tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (*caput* do artigo 170), está fundada na valorização do trabalho humano, e tem como princípios a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (artigo 170, *caput* e incisos VII e VIII). Além disso, o trabalho, como valor social, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV), e a própria Constituição se preocupou em enumerar um rol extenso de direitos garantidos aos trabalhadores (artigo 7º). Por envolver direitos considerados indisponíveis, as normas trabalhistas têm natureza cogente, e geram impactos em todos os setores da economia.

O mercado de trabalho é marcado por assimetrias de informação e de poder de mercado entre empregados e empresas, e um dos objetivos da legislação protetiva dos trabalhadores é compensar o efeito dessas falhas de mercado, aumentando o bem-estar social. Contudo, a regulação do mercado de trabalho se guia principalmente por objetivos de cunho social e político, tendo em vista a posição de direito social que o trabalho possui em nosso ordenamento jurídico (artigo 6º da Constituição). Nesse sentido, são dois os princípios que regem as normas trabalhistas: o da hipossuficiência dos empregados, que são considerados economicamente hipossuficientes em relação aos empresários, e o da aplicação da norma mais favorável, segundo o qual sempre se aplica a norma ou a interpretação que melhor atenda aos interesses da parte hipossuficiente da relação¹⁵.

É certo que esses princípios se destinam especificamente à regulação das relações de emprego, espécie do gênero relação de trabalho, cujos elementos caracterizadores são a pessoalidade, a não-eventualidade, a subordinação e a onerosidade¹⁶. Contudo, a regulação das demais espécies de trabalho, como o trabalho autônomo ou o eventual, também deve se guiar pelos fundamentos e princípios da ordem econômica brasileira, cuja finalidade é, repita-se,

¹⁴ PINHEIRO e SADDI, op. cit., p. 400-401.

¹⁵ *Ibidem*, p. 501.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho, 2003, p. 288.

assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, bem como pela dignidade da pessoa humana, fundamento da república brasileira (artigo 1º, III).

2 A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO

A economia do compartilhamento surgiu da confluência entre dois tipos de mudanças: novas tendências na demanda dos consumidores e trabalhadores e avanços tecnológicos que afetaram a oferta de bens e serviços. Em relação à demanda, o principal fator relativo à demanda foi a crise de 2008/2009, que afetou a economia em escala global: do ponto de vista dos consumidores, a recessão demandou contenção de gastos e impôs restrições ao crédito; ao mesmo tempo, o desemprego e a necessidade de complementar a renda – para os que se mantiveram empregados – fizeram com que muitas pessoas se dispusessem a prestar serviços em caráter eventual – dirigir como motorista parceiro da *Uber*, por exemplo. Além da crise, a crescente consciência ecológica e sustentável tem levado muitos consumidores a optar por alugar determinados bens ou comprar produtos de segunda mão ao invés de adquirir um novo¹⁷.

No entanto, a principal mudança a impulsionar o delineamento da *sharing economy* diz respeito aos avanços tecnológicos que afetaram a oferta de bens e serviços. O aprimoramento do armazenamento e da análise de dados reduziu sensivelmente o custo de “cruzar” compradores e vendedores. Da mesma forma, o uso de *smartphones* em massa permitiu que uma grande quantidade de pessoas passasse a acessar plataformas de compartilhamento de qualquer lugar, e o difundido uso de rastreamento por GPS – *global positioning system* – conferiu mais praticidade e segurança aos envolvidos nas transações. Ademais, os sistemas de avaliação *online* conferem mais credibilidade aos serviços prestados, incentivando cada vez mais pessoas a aderir às transações realizadas no contexto da *sharing economy*¹⁸.

Juntas, as referidas mudanças na oferta e na demanda de bens e serviços culminaram no paradigma da economia do compartilhamento. Não existe uma definição unânime do que seja o fenômeno, mas é possível dizer que em quase todas as atividades descritas como parte da *sharing economy* se baseiam na redução de custos de transação e, conseqüentemente, no consumo e na prestação de serviços “desagregados”, que consiste na possibilidade de comprar, vender, doar ou disponibilizar parcelas cada vez menores de bens, serviços ou experiências. Plataformas de locação de automóveis podem alugar carros por trinta minutos, por exemplo; trabalhadores podem dirigir como motoristas da *Uber* durante três horas por semana, apenas;

¹⁷ RAUCH e SCHLEICHER, op. cit., p. 8-9.

¹⁸ *Ibidem*, p. 9.

donos de imóveis não precisam se profissionalizar no serviço de hotelaria para hospedar um desconhecido em sua casa eventualmente, etc.¹⁹ Com base nessa revolução de desagregação, que dá identidade à *sharing economy*, apresentaremos as características essenciais do modelo e os setores da economia mais envolvidos até hoje nesse paradigma.

2.1 PILARES DO FENÔMENO

Apesar de o fenômeno ser recente e se manifestar de formas variadas, em diferentes mercados, podemos destacar duas características fundamentais desse novo modelo, que estão intimamente relacionadas às mudanças na oferta e na demanda acima descritas: o aproveitamento do excesso de capacidade/funcionalidade de bens e de ativos e a utilização de plataformas digitais.

2.1.1 APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE OCIOSA DE BENS E DE ATIVOS

Destacamos, primeiramente, que o aproveitamento da capacidade ociosa de bens é um traço comum em relação às práticas tradicionais de compartilhamento, na medida em que parentes, vizinhos e amigos reaproveitavam bens uns dos outros, trocavam bens entre si ou tomavam emprestados utensílios por um determinado período de tempo. Contudo, a diferença entre o compartilhar tradicional e as práticas inseridas no contexto da *sharing economy* diz respeito à abrangência de cada um e à lógica por trás da transação.

Em relação à abrangência, o compartilhamento em pequenas comunidades ou no âmbito familiar era pontual e isolado. As trocas ou empréstimos realizados no modelo tradicional de compartilhamento quase nunca envolviam pessoas desconhecidas entre si, e isso se devia à falta de confiança característica das transações entre estranhos. Contudo, a expansão da internet e a praticidade dela decorrente diminuíram drasticamente esta barreira, permitindo que bens ociosos pudessem circular entre cidadãos desconhecidos de uma cidade, de regiões diferentes ou até de outro país ou continente. No contexto da economia do compartilhamento, transações semelhantes às que aconteciam entre amigos, parentes e vizinhos ocorrem em escala mundial, com maior frequência, praticidade e segurança.

No que diz respeito à lógica da transação, a diferença essencial entre as práticas tradicionais de compartilhamento e aquelas relacionadas à *sharing economy* é a motivação para dar aproveitamento máximo a bens ociosos. No compartilhamento tradicional, as transações ocorriam isoladamente, em razão da condição financeira dos envolvidos ou da simples vontade

¹⁹ Ibidem, p. 9-11.

de poupar. No contexto da economia do compartilhamento, em que pese o impulso inicial da crise econômica de 2008/2009, os consumidores passaram a questionar a própria necessidade de possuir e acumular determinados bens, valorizando transações em que se tem *acesso* a produtos em serviços.

Com efeito, em um relatório publicado no ano de 2015 sobre a *sharing economy*²⁰, a Pricewaterhouse Coopers – PwC, prestadora de serviços profissionais nas áreas de auditoria e consultoria, mostrou que os consumidores têm repensado a necessidade de possuir bens como um valor. Os dados colhidos nos Estados Unidos mostram que, nos dias de hoje, apenas um a cada dois consumidores concordam com a ideia de que possuir bens é uma boa maneira de mostrar seu status à sociedade; quatro em cada cinco acreditam que existem, de fato, vantagens em alugar um bem ao invés de possuí-lo; e adultos na faixa dos dezoito aos vinte e quatro anos são duas vezes mais propensos a dizer que “*access is the new ownership*” (em tradução livre, “o acesso é a nova propriedade”) do que aqueles com vinte e cinco anos ou mais. Ademais, 43% dos entrevistados encaram o possuir como um fardo: um carro próprio, por exemplo, demanda gastos com manutenção, além de subtrair de seu dono o tempo que gasta no trânsito – tempo em que o dono poderia estar fazendo qualquer outra coisa²¹.

Ainda com base nos dados do relatório, é possível vislumbrar, como consequência desta nova lógica de consumo, um impacto na tomada de decisão dos consumidores: em determinadas situações, a qualidade do produto passa a ser mais valorizada do que preço, tendo em vista que, com as ferramentas apresentadas pela *sharing economy*, os bens adquiridos podem ser melhor aproveitados, possibilitando até mesmo a obtenção de retornos sobre os investimentos. Uma pessoa que pretende adquirir um carro, por exemplo, pode escolher comprar um modelo superior se considerar a possibilidade de se cadastrar como motorista particular no *Uber*, uma plataforma que permite o uso de carros de passeio ociosos para o transporte privado de outras pessoas além de seus próprios donos²²: fazendo isso, o proprietário terá retornos sobre seu investimento, ao invés de simplesmente possuir um bem em depreciação. Da mesma forma, um potencial comprador de imóvel pode escolher adquirir um apartamento com um quarto a mais do que realmente precisa pensando em anuncia-lo no *Airbnb* como uma opção de estadia para viajantes.

Por outro lado, pessoas que dependem pouco de um automóvel para se transportar na

²⁰ PRICEWATERHOUSECOOPERS, op. cit.

²¹ Ibidem, p. 14.

²² MENDES, Francisco Schertel, CERROY, Frederico Meinberg. Economia compartilhada e a política nacional de mobilidade urbana: uma proposta de marco legal, nov/2015, p. 6.

cidade podem optar por não comprar um carro – ou por venderem o que já possuem – e utilizar de serviços como o *Uber*, assim como um comprador pode alugar uma roupa de grife em sites como o *Rent the Runway* ao invés de adquirir uma peça nova. Nestes casos, ao mesmo tempo em que o volume de aquisições de determinados bens é reduzido, indivíduos que não teriam acesso a determinado produto ou serviço no mercado tradicional poderão consumi-los²³, tendo em vista a ideia de aproveitamento mais eficiente de capacidades e funcionalidades, primeiro pilar da *sharing economy*.

É preciso destacar, contudo, que essa nova lógica de consumo não desvirtua o grande objetivo dos empreendimentos em geral: atentas a essas mudanças, *startups* surgem com ideias inovadoras baseadas nas novas tendências na demanda, e companhias tradicionais do mercado adaptam e reinventam seus negócios, de forma obter lucro por meio da exploração da capacidade ociosa de bens e serviços. Não se trata de um modelo que foge ao capitalismo; na realidade, a *sharing economy* nada mais é do que um novo paradigma dentro do mercado capitalista, que reinventa as formas tradicionais de empreender, de consumir e de prestar serviços.

2.1.2 UTILIZAÇÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS

As transações realizadas no contexto da *sharing economy* acontecem por meio de plataformas digitais – sites ou aplicativos para dispositivos móveis – especialmente desenvolvidas para conectar bens e serviços ociosos a indivíduos interessados no seu aproveitamento. Os exemplos mais populares de atividades que se inserem no conceito de economia do compartilhamento são comumente associados à plataforma digital em que as transações são realizadas: o *Uber* é um aplicativo para *smartphone* em que os interessados pelo serviço de transporte privado agendam uma corrida com um dos motoristas cadastrados; o *Airbnb* é um site em que indivíduos disponibilizam um cômodo de sua casa, ou mesmo todo o imóvel, para aluguel por temporada; o *Zipcar* é um aplicativo que permite que usuários cadastrados utilizem os veículos compartilhados da companhia, posicionados em pontos urbanos estratégicos; o *Catarse* e a *Benfeitoria* são sites que permitem o financiamento coletivo de projetos ou ideias; o *Blablacar* é uma comunidade online de viagens compartilhadas, que conecta condutores com lugares vazios em seus carros a passageiros viajando para o mesmo lugar.

Explorando a relação entre a *sharing economy* e as plataformas digitais, a empresária

²³ PRICEWATERHOUSECOOPERS, op. cit., p. 17-19.

americana Robin Chase, uma das fundadoras do *Zipcar*, afirma que as plataformas podem proporcionar acesso a capacidades ociosas de duas maneiras distintas, permitindo que bens e serviços sejam utilizados de forma mais eficiente por pessoas interessadas: “dividindo” os bens ou “agregando-os”²⁴⁻²⁵. A primeira opção consiste em “parcelar” ou “dividir” um bem existente em partes menores, de forma a adequar o uso de determinado objeto à conveniência da pessoa interessada²⁶. A segunda forma de tornar acessível determinada capacidade ociosa, na visão de Chase, é “agregar” a funcionalidade de bens que, individualmente, parecem irrelevantes (“*too small to bother*”), transformando-os em algo sólido e consistente e criando, assim, um valor que faz valer a pena sua exploração²⁷.

Nota-se, contudo, que uma mesma plataforma pode ser classificada como de parcelamento ou de agregação, a depender do ângulo a partir do qual o compartilhamento é analisado. O *Fleety* e o *PegCar*, por exemplo, são sites brasileiros por meio dos quais proprietários de carros alugam seus veículos para indivíduos interessados em utilizá-los por apenas uma hora, por um dia ou por semanas. Do ponto de vista do proprietário, esses sites são plataformas de agregação, na medida em que estão agregando valor ao automóvel mesmo durante o tempo em que o proprietário não o utiliza; do ponto de vista da pessoa que aluga o carro, a plataforma é de parcelamento, pois ela faz uso do bem na exata medida de sua necessidade.

Da mesma forma, o mencionado site *My Open Closet* é uma plataforma de agregação

²⁴ CHASE, Robin. *Peers Inc.: how people and platforms are inventing the collaborative economy and reinventing the capitalism*, 2015, p. 37. A autora também menciona uma terceira modalidade de aproveitamento de capacidades ociosas, consistente na “abertura” de capacidades excedentes. Nessa modalidade, é oportunizada a participação de vários indivíduos na criação de ideias, processos, produtos e serviços inteiramente novos, como *softwares*, projetos de arquitetura, de engenharia etc. Contudo, essa modalidade está focada em bens imateriais e, por isso, foge dos objetivos deste trabalho.

²⁵ Vislumbramos, ainda, uma terceira maneira de tornar acessível capacidades ociosas: ao invés de promover a venda de um determinado produto, as plataformas oferecem aos interessados o acesso a grande quantidade de bens ou a um vasto conteúdo. O *Netflix*, por exemplo, disponibiliza a seus usuários, mediante o pagamento de uma mensalidade, o acesso a inúmeros filmes, séries e documentários, e o *Spotify* dá aos assinantes acesso a uma grande quantidade de músicas e de álbuns completos. A mesma lógica é seguida pela plataforma paulista Roupateca *House of Bubbles*, um guarda-roupa compartilhado em São Paulo que dá aos usuários o direito de retirar um número determinado de peças simultaneamente, a depender do plano de assinatura escolhido. Contudo, tendo em vista os objetivos deste trabalho, optamos por focar unicamente nas modalidades de agregação e parcelamento.

²⁶ Como exemplo, Chase cita o *Zipcar*, que disponibiliza, em pontos estratégicos das cidades onde atua, carros que podem ser utilizados pelo tempo desejado – quinze minutos, por exemplo. Além da mensalidade, o usuário paga pelo tempo em que efetivamente utilizou o carro. Este serviço se diferencia do aluguel tradicional de carros porque parcela o tempo de utilização do veículo: em regra, as locadoras alugam seus automóveis por períodos de vinte e quatro horas, no mínimo, ainda que o consumidor manifeste interesse em alugar por um período mais curto. Consequentemente, o preço pela utilização do carro também é adequado – “parcelado” – ao tempo de uso.

²⁷ O *Airbnb* é o exemplo mais famoso de plataforma que agrega capacidade excedente, na medida em que permite que cômodos subutilizados ou imóveis desocupados sejam alugados para temporada por usuários cadastrados. O serviço permite aos proprietários que não utilizam seus imóveis da forma mais eficiente possível gerar renda extra a partir da capacidade excedente, além de consistir em uma alternativa mais econômica para viajantes.

do ponto de vista da pessoa que disponibiliza seus vestidos de festa para aluguel: muitas vezes, as peças foram usadas apenas uma vez ou não chegaram a ser usadas e, por não sido utilizadas da melhor forma possível, são disponibilizadas no site por suas donas, que tem interesse no lucro que podem obter com o vestido que antes apenas ocupava espaço em seu guarda-roupa. Do ponto de vista daquelas alugam o vestido, a plataforma é de parcelamento: essas pessoas desejam fazer uso do vestido em uma ocasião específica e, por isso, não têm interesse em comprar a peça, preferindo pagar um valor mais baixo pelo aluguel.

Analisando o fenômeno da *sharing economy* sob outra ótica, os sociólogos Juliet B. Schor e Connor J. Fitzmaurice classificam as plataformas da economia do compartilhamento de acordo com a forma de operar e com a orientação relativa a lucros. No que diz respeito à forma de operação, as plataformas podem ser do tipo *peer-to-peer* (em tradução livre, de pessoa para pessoa), em que as transações ocorrem entre dois indivíduos, ou *business-to-peer* (de uma companhia para um indivíduo). Sites como o *Airbnb*, o *Fleety*, o *Pegcar*, o *My Open Closet* e o *Enjoei* são exemplos de plataformas do tipo *peer-to-peer*, na medida em que os bens e serviços compartilhados pertencem aos indivíduos envolvidos na transação, funcionando as plataformas como intermediadoras das relações entre os interessados. O *Zipcar*, por outro lado, é uma plataforma do tipo *business-to-peer*: os carros compartilhados pelos usuários cadastrados são da propriedade da companhia, que gere todo o negócio de compartilhamento de carros.

Em relação aos lucros, as plataformas podem obter lucros diretamente das transações realizadas através delas ou indiretamente, mediante anúncios publicitários ou parcerias. As plataformas do tipo *peer-to-peer* que obtêm lucros a partir das transações por elas facilitadas geralmente cobram uma comissão sobre cada uma das transações realizadas a partir de sua base de dados, como o *Airbnb*, mas algumas exigem, também, um valor pelo registro de produtos na plataforma, como o *Etsy*, um site de vendas de produtos artesanais. No caso de plataformas *business-to-peer*, as companhias podem estabelecer o valor de cada transação, exigir uma mensalidade pela utilização do serviço, ou cobrar comissão e mensalidade: a *House of Food*, cozinha profissional em São Paulo disponível para a utilização por “*chefs* de ocasião”, cobra pelo dia de uso; a Roupateca *House of Bubbles*, que é um guarda-roupa compartilhado em São Paulo, funciona por assinatura, dando aos usuários o direito de retirar um número determinado de itens simultaneamente, a depender do plano mensal escolhido; o *Netflix* e o *Spotify* também dão acesso ao seu conteúdo por meio da cobrança de uma assinatura; o *Zipcar*, por sua vez, cobra tanto uma mensalidade pelo cadastro na plataforma quanto o preço equivalente ao tempo de utilização de seus carros compartilhados.

Em regra, as plataformas que obtém lucros indiretamente são do tipo *peer-to-peer*, e atuam facilitando o compartilhamento de bens ou de serviços entre os indivíduos cadastrados, sem cobrar qualquer valor ou taxa pelo serviço prestado. Como exemplo, pode-se citar o já mencionado *Blablacar*, bem como o *Tem Açúcar?*, onde pessoas que moram próximas umas às outras emprestam objetos (furadeira, bicicleta, processador de alimentos, casaco de neve etc.) ou fazem doações de itens que não lhes têm mais utilidade. Há, também, a plataforma *Bliive*, que se descreve como uma rede colaborativa de troca de tempo, onde os usuários oferecem um serviço (uma aula de guitarra, por exemplo), e, por cada hora de atividade, recebem um *TimeMoney*, a moeda de troca da rede, que pode ser trocada por um serviço disponibilizado por outro usuário.

Independentemente da classificação das plataformas, há uma característica comum a maior parte delas, essencial à segurança dos usuários e à confiança depositada nos atores da *sharing economy*: os sistemas de avaliação. Os sites e aplicativos de compartilhamento dispõem de ferramentas que permitem que os participantes postem suas opiniões sobre o produto ou o serviço compartilhado e avaliem os demais sujeitos envolvidos nas transações. O *Uber*, por exemplo, solicita que, ao final de cada corrida, o passageiro e o motorista atribuam uma nota um ao outro. No *Airbnb*, tanto os anfitriões quanto os hóspedes são avaliados após a estadia; no *Blablacar*, os condutores e viajantes postam um *feedback* da viagem compartilhada; o *Etsy*, por sua vez, publica a reputação dos vendedores com base na opinião dos compradores.

Essas ferramentas têm um papel determinante no sucesso das atividades desenvolvidas no contexto da *sharing economy*. Além de proporcionarem segurança nas transações, permitem o consumo e a prestação de serviços de forma desagregada, que é a grande ideia por trás da economia do compartilhamento. Ademais, os sistemas de avaliação são decisivos para a imagem e reputação das companhias que atuam sobre os pilares da economia do compartilhamento. A praticidade e os benefícios proporcionados pela economia do compartilhamento são grandes motivadores para a participação da sociedade neste novo paradigma, mas a manutenção e o crescimento dessas atividades inovadoras dependem da confiança depositada nas plataformas através dos sistemas de avaliação disponíveis. É em razão dos *feedbacks* daqueles que já se envolveram nas transações que as pessoas se sentem seguras para hospedar-se na casa de um estranho, pegar carona com um desconhecido, adquirir um produto artesanal de uma pessoa que vive do outro lado do mundo etc.

2.2 Mercados envolvidos

As características essenciais da *sharing economy* – aproveitamento de capacidades ociosas e utilização de plataformas digitais – demonstram que o fenômeno não está restrito a um setor específico da economia, representando, na verdade, um novo paradigma na forma de consumir, de prestar serviços e de empreender. Os exemplos apontados até agora bem refletem a abrangência do modelo, que possui características próprias a depender do mercado em que se desenvolve e das demandas dos sujeitos envolvidos. Ademais, é provável que, neste momento, novos negócios com as características da *sharing economy* estejam se estabelecendo, afetando um mercado não apontado no presente capítulo.

Sem pretender esgotar todas as nuances e manifestações do modelo, apresentaremos, a seguir, os setores que consideramos mais fortemente transformados pelo fenômeno da economia do compartilhamento até hoje²⁸, desconsiderando, nesse ponto, as plataformas que facilitam doações e transações sem onerar os usuários, como os já mencionados *Couchsurfing*, *Blablacar*, *Tem açúcar?* e *Bliive*.

2.2.1 Transportes

O setor de transportes é um dos que mais se beneficia da lógica da *sharing economy*. Com efeito, nos últimos anos, houve, em todo o mundo, uma visível ruptura em relação aos tradicionais serviços de locação de carros e de transporte privado de pessoas, no qual se inserem táxis e motoristas particulares. Essa ruptura foi possível graças a plataformas que, pautadas nos pilares da economia do compartilhamento, reinventaram tais serviços. O exemplo mais conhecido neste setor é o já mencionado *Uber*, uma companhia americana que atua em mais de

²⁸ Os três setores apontados neste tópico – transporte individual de pessoas, hospedagem e serviços – foram selecionados em razão do grande impacto da economia do compartilhamento em cada um deles. Reconhecemos, contudo, que há diversas inovações em outros mercados, como o do varejo e o de entretenimento. Em relação ao primeiro, já mencionamos diversos exemplos de sites e aplicativos que atuam no varejo, como o *My Open Closet*, o *Rent the Runway*, o *Enjoei*, o *Etsy* e o *House of Bubbles*. Outros exemplos relevantes são o *Poshmark*, site onde os usuários vendem peças de seu guarda-roupa, o *Spinlister*, uma plataforma em que pessoas disponibilizam bicicletas, pranchas de *surf* e outros equipamentos de esporte para aluguel, o *Kidizen*, um mercado online onde pais compram e vendem roupas infantis e brinquedos usados, e o *Rocksbox*, que disponibiliza joias para aluguel por meio do pagamento de uma assinatura mensal. Interessante mencionar, ainda, o *Yerdle*, uma plataforma americana que permite que os usuários doem objetos usados em troca de créditos para “comprar” itens oferecidos por outras pessoas. No mercado de entretenimento, a *sharing economy* tem grande expressão, principalmente no que diz respeito aos serviços de *streaming* ou fluxo de mídia: as plataformas *Netflix* e *Spotify* prestam um serviço pautado no acesso dos usuários a uma grande quantidade de filmes e séries, no primeiro caso, e de músicas, no segundo, mediante o pagamento de uma assinatura mensal; no *Youtube*, por outro lado, os usuários podem não só assistir os vídeos armazenados na plataforma, como também postá-los através de uma conta no site; e há, ainda, sites de *streaming* de jogos, como o *OnLive*. Por fim, vale ressaltar que o fenômeno trouxe inovações até mesmo no mercado financeiro, por meio de quatro atividades principais, pautadas na ideia de compartilhamento: o *crowdfunding*, o *social lending*, o *crowdequity* e o dinheiro virtual. Sobre esses novos modelos inovadores no mercado financeiro, vide <http://infograficos.estadao.com.br/focas-economicos-13/crowdfunding.shtml> e <http://infograficos.estadao.com.br/focas-economicos-13/bitcoins.shtml>.

250 cidades em todo o mundo no ramo de *ride-sharing* (em tradução livre, “corrida compartilhada”, também conhecido como “carona remunerada”) permitindo que, por meio de seu aplicativo para *smartphone*, indivíduos interessados localizem os motoristas cadastrados que estejam mais próximos. A cobrança pela corrida é feita diretamente no cartão de crédito do passageiro, previamente registrado no aplicativo.

O também já referido *Zipcar* é uma companhia americana que oferece o serviço de *car-sharing* (compartilhamento de carros) mediante a cobrança de uma assinatura, além do valor pelo tempo utilizado. Para fazer uso dos carros da empresa, os interessados se cadastram no site e informam dados pessoais, incluindo o número da licença para dirigir, que será checada com os órgãos de trânsito. Aprovado o cadastro, o usuário recebe um cartão, que funciona como uma chave para desbloquear o automóvel previamente reservado pela internet. No momento da reserva, informa-se o local de partida (nas cidades em que a companhia atua, há pontos específicos onde os carros ficam estacionados), o local de devolução e o tempo durante o qual o veículo será utilizado.

O *Fleety* e o *PegCar*, anteriormente citados, são sites brasileiros que atuam no ramo de *car-sharing*. A proposta das empresas é conectar proprietários dispostos a alugar seus carros por horas, dias ou semanas a indivíduos interessados na utilização de carros compartilhados. Assim, como o *Zipcar*, as duas empresas conferem nos órgãos de trânsito os dados dos usuários antes de confirmar seu cadastro. Feita a reserva no site, o interessado entra em contato com o proprietário para que combinem o horário e o local onde o carro será entregue. Os preços são estabelecidos pelos proprietários, e as empresas oferecem cobertura securitária para os veículos alugados durante todo o período de uso e sem custo extra.

É possível notar, contudo, que as mudanças no setor vão além das rupturas no ramo de transporte privado de pessoas e de locação de automóveis. Há um crescente questionamento da sociedade, notadamente entre as gerações mais jovens, acerca da necessidade de possuir um carro próprio. Segundo o relatório da PriceWaterHouse Coopers, muitos jovens veem carros simplesmente como meio de transporte, sem o apego emocional que, até a última década, fazia do bem um símbolo de status. Soma-se a este fator o crescente uso dos *smartphones*: enquanto está no trânsito, um passageiro pode ler e responder *e-mails* e fazer pesquisas rápidas na internet – o que não poderia ou não deveria fazer se estivesse conduzindo –, tornando produtivo o tempo gasto no deslocamento. Da mesma forma, deslocar-se na posição de passageiro ao invés de ser

o próprio motorista diminui o problema do consumo de álcool associado à direção²⁹.

2.2.2 Hospedagem

Uma das plataformas mais conhecidas e bem-sucedidas da *sharing economy* é o já mencionado *Airbnb*, que permite que indivíduos aluguem o todo ou parte de sua própria casa para viajantes, estabelecendo o preço a ser pago pela acomodação. O site possui anúncios de cerca de 2 milhões de acomodações, espalhadas por mais de 34 mil cidades em 191 países³⁰. Outro exemplo do setor de hospitalidade é o *Couchsurfing*, que conecta viajantes a pessoas dispostas a hospeda-los sem cobrar pelas acomodações oferecidas. Por ano, a companhia contabiliza uma média de 400 mil anfitriões e 4 milhões de hóspedes³¹. Além de oferecem uma opção mais barata em relação aos hotéis tradicionais, as duas plataformas promovem a ideia de uma experiência mais autêntica para os viajantes, que têm a oportunidade de interagir com pessoas novas e, principalmente, de se aproximar da cultura local.

O sucesso destas e de outras companhias com proposta semelhante tem estimulado o surgimento de novos negócios, atrelados ao mercado de hospitalidade da *sharing economy*³². O *Proprly*, por exemplo, é uma empresa que presta serviços de limpeza e de entrega/recebimento de chaves para os anfitriões e para os hóspedes que utilizam o *Airbnb*, o *HomeAway*, ou o *VRBO*

²⁹ De acordo com dados do *Uber*, desde o lançamento do *UberX* (versão mais barata do *Uber*, em que os motoristas dirigem carros populares ao invés de *sedans* sofisticados) no estado da Califórnia, foram registrados sessenta acidentes a menos por mês decorrentes do consumo de álcool, considerando-se motoristas abaixo da faixa dos 30 anos (in PRICEWATERHOUSECOOPERS, op. cit., p. 19). Além disso, esse novo contexto, relacionado à já referida valorização do acesso em detrimento da propriedade – no setor de transporte, valoriza-se a mobilidade, e não o carro em si – tem levado companhias tradicionais do setor automobilístico a reinventar seu papel no mercado, ampliando suas formas de atuação. Em junho de 2015, a Ford, a General Motors e a BMW anunciaram o lançamento de plataformas digitais para o compartilhamento de veículos, que permitem que os proprietários ganhem dinheiro alugando seus carros a outros motoristas (MONTADORAS adotam carro compartilhado. Folha de São Paulo, 26 jun. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/224057-montadoras-adotam-carro-compartilhado.shtml>>) Por outro lado, a nova conjuntura influencia também na escolha daqueles que optam por adquirir um carro próprio: em razão da possibilidade de obter retornos sobre o investimento, os consumidores tomarão decisões baseadas na qualidade, e não apenas no preço do automóvel, conforme anteriormente destacado.

³⁰ Dados divulgados pela própria companhia em <<https://www.airbnb.com.br/about/about-us>>.

³¹ Dados informados pela companhia em <<https://www.couchsurfing.com/>>.

³² Além disso, as grandes redes hoteleiras do mundo, atentas à expansão das plataformas da *sharing economy*, vêm se esforçando em diversificar os serviços prestados, a fim de atrair, de alguma maneira, consumidores engajados nas práticas de colaboração e compartilhamento. *Marriott*, *Ritz-Carlton*, *Renaissance*, *Hilton* e outros grupos têm disponibilizado ambientes que antes não eram utilizados (ou estavam subutilizados) para que hóspedes e terceiros trabalhem ou promovam palestras e reuniões. Nos hotéis da rede *Marriott*, há também espaços com internet e mesas com tomadas que podem ser usadas livremente, sem custos³². Outra forma de se aproximar do contexto da *sharing economy* é a tentativa de solidificar a reputação dos hotéis na internet. Plataformas como o *Airbnb* dependem, em grande medida, dos sistemas de avaliação online, não apenas para a segurança dos usuários, mas para a construção de sua própria imagem no mercado. Em razão disso, os hotéis tradicionais começaram a se atentar para a necessidade de investir em seus sites, criando espaços para que os hóspedes compartilhem suas experiências e para divulgar novos serviços prestados (in PRICEWATERHOUSECOOPERS, op. cit., p. 24).

(sites em que proprietários anunciam seus imóveis para aluguel por temporada); o *Pillow* presta serviços de marketing, comunicação, reserva e otimização de preços, além de limpeza e reparos para anfitriões e hóspedes conectados por plataformas da economia do compartilhamento. Estes serviços, que se aproveitam do sucesso de plataformas do ramo da hospitalidade, podem reduzir problemas de confiança, inerentes a transações entre estranhos, e de logística, considerando-se o tempo e a organização necessários para que um anfitrião prepare as acomodações reservadas, bem como eventual necessidade de um hóspede de ter a acomodação limpa ou reparada. A assessoria prestada por companhias como o *Proprly* e o *Pillow* reduz os possíveis aborrecimentos de hóspedes e anfitriões, além de propiciar mais segurança e qualidade para a experiência de ambos os sujeitos.

2.2.3 Serviços

As ferramentas da *sharing economy* também trouxeram inovações para o mercado de trabalho e de prestação de serviços. Muitas companhias inseridas na economia do compartilhamento atuam como intermediárias na relação entre pessoas interessadas em determinado serviço e aquelas dispostas a prestá-los, como o *Uber*. Outros exemplos são o *Proprly* e o *Pillow*, citados no tópico anterior, que oferecem serviços de limpeza, reparos, e assessoria aos usuários do *Airbnb*, do *HomeAway* e do *VRBO*. Outro exemplo é o *Instacart*, um site americano que oferece o serviço de compra e de entrega de alimentos. Os interessados selecionam os produtos desejados e, ao finalizar a compra, o sistema da empresa envia uma alerta a um “*personal shopper*”, que vai ao mercado, busca os produtos escolhidos e os entrega na casa do cliente. A plataforma americana *Taskrabbit*, por sua vez, conecta interessados na contratação de serviços e tarefas diversas a pessoas dispostas a realiza-las, assim como o brasileiro *GetNinjas*, que permite a contratação de profissionais das áreas de assistência técnica, consultoria, design, eventos, moda, beleza, reformas, saúde, serviços domésticos etc.

As plataformas que atuam no mercado de serviços adotam um modelo descentralizado de atuação³³, em que os profissionais que realizam as tarefas são considerados prestadores de serviços independentes, e não empregados. Essa condição confere flexibilidade aos prestadores de serviço, na medida em que cada um define o período e o tempo em que estará disponível para realizar as tarefas, podendo se vincular a diversas empresas ao mesmo tempo ou manter um emprego fixo e, nas horas vagas, prestar serviços de forma independente. Do ponto de vista

³³ MANJOO, Farhad. Grocery Deliveries in sharing economy. The New York Times, Nova York, 21 mai. 2014. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/05/22/technology/personaltech/online-grocery-start-up-takes-page-from-sharing-services.html?_r=0>.

dos interessados em contratar determinada tarefa, essas plataformas representam uma opção prática, pois a contratação e o pagamento se dão em meio virtual.

3 OS DESDOBRAMENTOS REGULATÓRIOS DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO

A relevância da compreensão dos desdobramentos regulatórios da economia do compartilhamento está relacionada ao fato de que o fenômeno afeta não apenas os sujeitos diretamente engajados nas atividades que se inserem no contexto da economia do compartilhamento – as plataformas, os prestadores de serviços independentes/empreendedores parceiros e os consumidores –, mas envolve, também, o dos operadores tradicionais do mercado e o público em geral.

Pode-se dizer que os operadores tradicionais do mercado são fortemente afetados pela ascensão da *sharing economy* em razão do potencial transformador desse novo modelo, que já desencadeou significativas alterações em setores estabilizados da economia. Esses operadores são, em geral, organizados, e têm recursos, conhecimento e contatos suficientes para se mobilizar em prol da manutenção do *status quo* no mercado em que atuam, face ao receio de enfrentar competição dos novos atores, que operam sob lacunas regulatórias ou sob regras mais brandas do que os atores tradicionais³⁴. Por outro lado, ao invés de simplesmente questionar condições de operação das plataformas da *sharing economy*, muitas companhias têm buscado se adaptar às novas tendências de consumo, a fim de competir, diretamente, com os novos atores do mercado.

O público em geral, por sua vez, ainda que não esteja diretamente envolvido com atividades relacionadas à economia do compartilhamento, tem interesse no tratamento regulatório dispensado às transações marcadas pelo novo modelo, que pode afetar a sociedade como um todo. A operação segura do serviço prestado pelo *Uber*, por exemplo, interessa a todos os pedestres, motoristas e passageiros de outros veículos; é do interesse público, também, que a economia do compartilhamento não diminua a responsabilidade fiscal dos indivíduos e das empresas diretamente envolvidas, o que aumentaria o encargo tributário sobre a sociedade como um todo³⁵.

As plataformas da *sharing economy* – aqui entendidas como as sociedades

³⁴ JOHAL, Sunil; ZON, Noah. Policy making for the sharing economy: beyond wack-a-mole, fev/2015, p. 10. Disponível em: <https://mowatcentre.ca/wp-content/uploads/publications/106_policymaking_for_the_sharing_economy.pdf>.

³⁵ Ibidem, p. 11.

empreendedoras, e não como os aplicativos ou sites – também são grupos concentrados de sujeitos com muito a ganhar ou a perder, a depender da abordagem regulatória dada à economia do compartilhamento. Para o desenvolvimento de seus negócios, é essencial uma política regulatória receptiva, que reduza barreiras de entradas em mercados estabilizados e afrouxe as restrições para suas operações.

Em relação aos prestadores de serviços independentes/empreendedores parceiros – motoristas do *Uber*, anfitriões do *Airbnb* etc. –, é de se notar que a *sharing economy* lhes proporciona muitas oportunidades e maior flexibilidade. Uma mesma pessoa pode prestar serviços diversos a partir de diferentes plataformas, complementar a renda obtida com um emprego fixo ou engajar-se apenas eventualmente nas atividades de compartilhamento, estabelecendo sua própria “jornada” e carga de trabalho. No entanto, é preciso considerar que muitos dos indivíduos que se engajam na prestação de serviços de maneira independente estão em posição de vulnerabilidade, fazendo-se necessário refletir sobre a natureza da relação entre a plataforma e os prestadores de serviço, bem como sobre a proteção de direitos básicos dos trabalhadores³⁶.

Os beneficiários diretos do aumento de competitividade e das ondas de inovação propiciadas pela *sharing economy* são os usuários ou clientes, que têm à disposição produtos e serviços com preços mais baixos, oferecidos de maneira prática e conveniente. Contudo, em que pese a utilização de ferramentas de avaliação *online*, o maior risco em relação a esses sujeitos é a falta de normas de proteção específicas, como regras sobre preço, informação, acessibilidade e segurança³⁷.

3.1 Plataformas de duas pontas

Os principais desdobramentos regulatórios da economia do compartilhamento decorrem do fato de as plataformas atuarem no mercado como *two-sided platforms*, ou “plataformas de duas pontas”. Para Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos, os mercados de duas pontas são povoados por plataformas que atuam na integração de interesses de dois grupos contrapostos de usuários, os quais desempenham papéis distintos em transações comerciais entre si e com a plataforma³⁸. Em geral, plataformas de duas pontas são criadas para mitigar custos de transação entre compradores e vendedores, e os exemplos mais tradicionais são as bolsas de valores, que atuam como intermediárias entre as companhias que negociam suas ações e os investidores, os

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ SOUZA e LEMOS, op. cit., p. 31.

jornais e revistas, que atraem tanto leitores quanto companhias interessadas em promover seu produto ou serviço ao público alvo do veículo³⁹⁻⁴⁰.

A estrutura de duas pontas facilita que as plataformas da economia do compartilhamento adquiram e armazenem uma imensa quantidade de informações. Esses dados são relevantes para a atuação da própria plataforma, mas podem ser utilizados em benefício da sociedade como um todo: os preços de aluguel informados no endereço eletrônico do *Airbnb* são acessíveis a qualquer pessoa, e não apenas aos usuários cadastrados na plataforma, podendo servir como parâmetro para um indivíduo interessado em alugar seu apartamento ou para a avaliação dos valores praticados no mercado imobiliários em determinada localidade, por exemplo⁴¹. No entanto, há preocupações quanto à proteção da privacidade dos usuários, tendo em vista a grande quantidade de dados pessoais fornecidos às plataformas.

A configuração das plataformas da economia do compartilhamento como plataformas de duas pontas cria, também, o chamado efeito de rede (*network effect*): quanto maior o número de usuários de um grupo (ou de uma das pontas), mais atrativo são os serviços da plataforma para o outro grupo, e vice-versa⁴². Esse efeito, que consiste numa externalidade de rede⁴³, pode influenciar as plataformas a estabelecerem preços abaixo do custo em relação a uma das pontas do mercado atendido para atrair interessados da outra ponta. Por exemplo, o *Uber* frequentemente cobra tarifas consideravelmente baixas dos passageiros para criar uma base maior de consumidores e, conseqüentemente, de motoristas⁴⁴.

3.1.1 Novas formas de exploração de bens e serviços

As plataformas de duas pontas da economia do compartilhamento permitem que os indivíduos de ambos os lados da cadeia obtenham excedentes a partir das transações por elas facilitadas, na medida em que bens e serviços existentes podem ser explorados de novas maneiras: os possuidores de carros, ferramentas, casas etc. podem obter lucros com o aluguel de seus bens, e os consumidores que optam por alugá-los ao invés de comprá-los têm opções mais adequadas às suas necessidades em comparação com os serviços tradicionais de aluguel –

³⁹ RYSMAN, Marc. The economics of two-sided markets, p. 1-3. Disponível em: <<http://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.23.3.125>>.

⁴⁰ RAUCH e SCHLEICHER, op. cit., p. 15.

⁴¹ Ibidem, p. 16.

⁴² TAMING the beasts: European governments are not alone in wondering how to deal with digital giants. The Economist, Londres, p. 57-59, 28 mai-3 jul. 2016.

⁴³ Uma externalidade de rede ocorre quando o bem-estar de um agente ligado a uma rede (telefônica, de computadores, ferroviária etc.) é influenciado pela entrada de um novo agente. PINHEIRO e SADDI, op. cit., p. 285.

⁴⁴ RAUCH e SCHLEICHER, op. cit., p. 16.

conforme mencionamos anteriormente, é possível alugar um veículo por apenas algumas horas em plataformas de compartilhamento, na exata medida da necessidade do consumidor⁴⁵.

No entanto, as novas formas de utilização de bens alteram a realidade fática, criando, muitas vezes, uma lacuna regulatória que gera incertezas para os sujeitos envolvidos e para a sociedade como um todo: na elaboração das regras relativas ao zoneamento urbano, por exemplo, levou-se em consideração que algumas pessoas receberiam hóspedes em suas casas com frequência, mas admitiu-se que a maioria não o faria; da mesma forma, ao tratar sobre o serviço de transporte particular de pessoas, o regulador sabia que, eventualmente, particulares dariam carona uns aos outros, mas a premissa básica era a de que apenas motoristas licenciados cobrariam pelo transporte de outras pessoas⁴⁶.

3.1.2 Maior flexibilidade aos consumidores e prestadores de serviços e seus dilemas regulatórios

Por reduzirem custos de transação, as plataformas de duas pontas conferem, também, maior flexibilidade aos sujeitos envolvidos. Uma pessoa pode, por exemplo, manter um emprego fixo, dirigir como motorista parceiro do *Uber* nas horas livres e alugar um quarto de sua casa para turistas nos finais de semana, feriados e na alta temporada por meio do *Airbnb*; um indivíduo sem veículo próprio pode alugar, por meio do *Fleety* ou do *Pegcar*, um carro compacto nos dias em que precise transitar no centro da cidade, um carro mais confortável ou seguro para uma viagem longa, e um utilitário nos dias em que precise transportar um objeto de grandes dimensões⁴⁷. Os benefícios dessa flexibilidade vão desde o acesso a grande quantidade e variedade de bens e serviços – sempre foi possível comprar roupas de grife, por exemplo, mas a economia do compartilhamento tornou possível ligar uma pessoa que possua determinada peça e que esteja disposta a alugá-la a outra que tenha interesse em utilizá-la em uma única ocasião – até a liberdade de trabalhar em horários não convencionais, sem vínculo a um só empregador – qualquer pessoa que possua um carro pode prestar o serviço de transporte particular, e não apenas motoristas licenciados⁴⁸.

No entanto, essa flexibilidade tende à desprofissionalização dos prestadores de serviços.

⁴⁵ RAUCH e SCHLEICHER, op. cit., p. 16.

⁴⁶ Ibidem, p. 18.

⁴⁷ Em um de seus anúncios publicitários online, o já mencionado *Zipcar* expôs a seguinte pergunta: “*Today is a BMW day... or is it a Volvo day?*” (em tradução livre, “Hoje é dia de BMW ou de Volvo?”), sugerindo que seus usuários poderiam escolher, a cada dia, um carro diferente, inclusive automóveis de luxo. In RAUCH e SCHLEICHER, op. cit., p. 17.

⁴⁸ RAUCH e SCHLEICHER, op. cit., p. 17.

Com efeito, algumas das polêmicas acerca de plataformas da economia do compartilhamento estão diretamente relacionadas ao fato de que os motoristas e os anfitriões que se utilizam de aplicativos como o *Airbnb* e o *Uber*, por exemplo, estão em uma zona cinzenta entre a prestação de serviço eventual, de caráter pessoal, e a comercial ou profissional. Esse espaço de incerteza se reflete na diferenciação entre hotéis e lares, entre táxis e carros particulares, entre negócios e *hobbies* e entre espaços profissionais e pessoais⁴⁹.

O crescimento da oferta de bens e serviços por indivíduos que não atendem padrões profissionais desencadeia uma tensão entre os prestadores de serviços vinculados a plataformas de compartilhamento e os operadores tradicionais do mercado, os quais alegam que a atuação desses novos atores atenta contra regras de concorrência. No mercado de transporte particular de pessoas, por exemplo, os taxistas precisam atender uma série de requisitos estabelecidos pelos reguladores para poder operar, enquanto os motoristas do *Uber* atendem apenas às exigências de atuação da própria plataforma. Da mesma forma, ao contrário dos anfitriões vinculados ao *Airbnb*, os hotéis tradicionais estão sujeitos a tributos específicos.

Outro aspecto controvertido relativo à oferta de bens e serviços não-profissionais é a proteção ao consumidor. Alguns dos problemas comumente apontados são a ausência de observância das normas de segurança contra incêndio pelos anfitriões do *Airbnb*, e a desnecessidade de licenças ou certificados do governo para que os motoristas do *Uber* operem. As plataformas da *sharing economy* alegam que a auto-regulação é suficiente para proteger os consumidores dos perigos aos quais estão supostamente expostos, já que as ferramentas de avaliação *online* garantem que apenas os bons usuários se mantenham no mercado. Além disso, empresas como o *Airbnb*, o *Fleety* e o *Pegcar* oferecem seguros para garantir que eventuais danos sejam reparados⁵⁰.

Há, ainda, controvérsias relativas à proteção dos trabalhadores. Em geral, os prestadores de serviços vinculados às plataformas da *sharing economy* não são considerados empregados e, por isso, a eles não são garantidos os benefícios decorrentes da relação tradicional de emprego; além disso, os valores pagos podem ser muito baixos, tendo em vista a comissão cobrada pelas plataformas, abrindo espaço para questionamentos acerca da transferência do risco do negócio para o trabalhador⁵¹.

⁴⁹ BADGER, Emily. Why we can't figure out how to regulate Airbnb, The Washington Post, 23 abr. 2014. Disponível em <<http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2014/04/23/why-we-cant-figure-out-how-to-regulate-airbnb/>>.

⁵⁰ Informações disponíveis nas páginas das referidas plataformas.

⁵¹ RAUCH e SCHLEICHER, op. cit., p. 22.

3.2 Especificidades dos mercados envolvidos

Identificados os desdobramentos relativos à configuração de plataformas de duas pontas, cabe apresentar os conflitos específicos dos setores em que o fenômeno tem mais impacto, que servem como ponto de partida para a discussão acerca da postura regulatória do Estado diante dos diversos conflitos da economia do compartilhamento.

3.2.1 Transportes

São várias as plataformas da *sharing economy* atuantes no mercado de transporte privado de pessoas em todo o mundo. A mais famosa, contudo, é o *Uber*, e a partir dela delinearemos os principais conflitos decorrentes da aplicação do modelo de compartilhamento no setor. Conforme mencionamos, o *Uber* é uma plataforma que conecta motoristas profissionais credenciados a passageiros cadastrados, por meio de um aplicativo para *smartphones* que “cruza” a demanda e a oferta de corridas por meio de um sistema de geolocalização. No aplicativo, os usuários interessados inserem seus dados pessoais e as informações necessárias ao pagamento – a cobrança é feita automaticamente no cartão de crédito, após a conclusão da corrida – e obtêm informações sobre a estimativa de preço da corrida, sobre o tempo de espera e sobre o motorista que prestará o serviço. Além disso, é por meio do aplicativo que o passageiro e o motorista se avaliam mutuamente, atribuindo anonimamente uma nota de um a cinco um ao outro.

O sucesso que o *Uber* alcançou até agora se deve, basicamente, à praticidade na contratação e na cobrança pelo serviço, aos preços atrativos, à confiança proporcionada aos passageiros e motoristas pelos sistemas de avaliação, à qualidade do serviço prestado e à inegável contribuição da plataforma para a solução de problemas relacionados à mobilidade urbana.

Contudo, o aplicativo é fortemente criticado pelos operadores tradicionais do mercado de transporte individual de pessoas. Sentindo-se ameaçados pelo *Uber*, os taxistas consideram que o serviço prestado pelos motoristas parceiros do aplicativo é semelhante ao serviço de táxi e que, apesar disso, os profissionais vinculados à plataforma estão operando em condições mais favoráveis, sem o necessário atendimento aos requisitos de licenciamento e à limitação de tarifas impostos à classe.

Os taxistas alegam, também, que os preços praticados pelo *Uber* são excessivamente baixos, o que afeta fortemente a demanda por táxis. De fato, em todo o mundo, a plataforma tem se esforçado em manter as tarifas das corridas abaixo do custo, promovendo uma verdadeira

guerra de preços na tentativa de expandir sua participação no mercado de transportes⁵². Isso prejudica diretamente os competidores e, eventualmente, os próprios passageiros, tendo em vista que, a depender do poder de mercado que a plataforma lograr conquistar, os preços podem vir a ser excessivamente elevados.

Há questionamentos, também, acerca da proteção aos passageiros usuários. Indaga-se, primeiramente, se os requisitos impostos pelo próprio *Uber* para o credenciamento de motoristas são suficientes para garantir a segurança dos usuários, dos pedestres e de outros motoristas no trânsito. A plataforma alega que, além dos requisitos por ela estabelecidos para o credenciamento dos motoristas, os passageiros têm à sua disposição o sistema de avaliação dos motoristas, que funciona como uma ferramenta de auto-regulação do serviço. Além disso, a média mínima de avaliação de 4,6 que os motoristas devem obter para se manter credenciados seria mais uma medida de proteção ao consumidor.

No entanto, as inquietações acerca da efetividade dessas ferramentas abrem espaço para questionamentos acerca da responsabilidade do próprio *Uber* pelos danos que os motoristas parceiros podem causar aos passageiros e a terceiros quando se envolvem em acidentes, risco inerente ao mercado de transportes⁵³. O modelo de prestação de serviços adotado pela plataforma, sobre o qual trataremos adiante, exime a companhia de responsabilidade, cabendo ao motorista envolvido em um acidente reparar os danos causados no exercício de sua atividade.

Além disso, há um descontentamento dos passageiros com a cobrança de tarifas diferenciadas, denominadas *surge pricing*, em situações nas quais a demanda por corridas é superior à oferta⁵⁴. A plataforma afirma que a adoção desses preços é essencial para garantir a prestação de um serviço de qualidade aos consumidores, na medida em que, com as tarifas elevadas, mais motoristas são atraídos para os locais onde a demanda não está sendo devidamente atendida em determinados momentos, reduzindo o tempo de espera⁵⁵. Contudo, apesar de o aplicativo informar previamente que o valor da corrida será multiplicado por “x” vezes em razão da demanda, a forma do cálculo é obscura para os passageiros, gerando certa insatisfação com a plataforma.

⁵² Recentemente, a *Uber* conseguiu um investimento de US\$ 3,5 bilhões do fundo soberano da Arábia Saudita. A mídia noticiou que esse e outros investimentos obtidos pela companhia financiariam a guerra de preços na qual a plataforma está engajada em todo o mundo. In LEE, Timothy B. Saudi Arabia invested \$3.5 billion in Uber. That could be bad News for the global economy. *Vox*, 2 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.vox.com/2016/6/2/11834164/uber-saudi-arabia-billion>>.

⁵³ FRAZÃO, op. cit.

⁵⁴ RAUCH e SCHLEICHER, op. cit., p. 22.

⁵⁵ A FARE shake: jacking up prices may not be the only way to balance supply and demand for taxis. *The Economist*, Londres, p. 68, 14-20 mai. 2016.

Outra questão delicada no que diz respeito aos usuários do serviço é a quantidade de dados manipulada pela plataforma. Para utilizar o aplicativo, os usuários devem inserir informações pessoais e dados de cobrança, mas os dados aos quais a companhia tem acesso não se limitam ao que foi informado pelo usuário no cadastro: a partir do serviço de geolocalização utilizado pelo aplicativo, é possível monitorar a origem, o destino, os horários e a data das corridas de cada consumidor. Em 2014, a mídia americana veiculou que um dos representantes do *Uber* teria insinuado a contratação de pessoas para vasculhar a vida pessoal de jornalistas que faziam comentários negativos sobre a companhia. Até o momento, não há evidências de que a plataforma tenha utilizado de maneira indevida dados pessoais dos usuários, mas a quantidade e qualidade das informações à sua disposição gera certa insegurança⁵⁶.

Diante desse contexto, podemos apontar que os maiores conflitos dentro do mercado de transporte dizem respeito às relações entre as plataformas como o *Uber* e os atores tradicionais do mercado, notadamente os taxistas, e entre aquelas e os usuários dos serviços por elas facilitados. Quanto às primeiras relações, estão em jogo conflitos relativos à defesa da livre concorrência, um dos princípios orientadores da ordem econômica e financeira brasileira. Nesse ponto, destacamos, primeiramente, que a pressão e organização de atores tradicionais do mercado – os quais, por motivos óbvios, lutam pela manutenção do *status quo ante* no setor – não pode pautar a análise dos conflitos verificados no setor. No entanto, é de se considerar que, por mais que existam certas diferenças entre os serviços prestados pelos motoristas vinculados ao *Uber* e o serviço de táxi, a plataforma altera a dinâmica do mercado, afetando a demanda pelas corridas oferecidas por taxistas. Se, por um lado, essa alteração estimula a busca pela melhora na qualidade dos serviços tradicionalmente prestados, por outro, certas condutas dos novos atores do mercado, como o estabelecimento de preços abaixo dos custos, pode vir a expulsar concorrentes – leia-se aqui não apenas os taxistas, mas também as demais plataformas apoiadas nos pilares da economia do compartilhamento –, o que seria prejudicial não apenas para as empresas diretamente afetadas, mas, em última medida, para os usuários, tendo em vista possíveis elevações excessivas nos preços por parte das plataformas eventualmente dominantes.

No que diz respeito especificamente à relação entre as plataformas e os usuários, as inquietações giram em torno do princípio da proteção ao consumidor, que também orienta a ordem econômica e financeira. Como vimos, há incertezas acerca do atendimento de parâmetros

⁵⁶ Em 2014, a *Uber* chegou a publicar em sua página na internet que poderia tirar conclusões sobre a vida sexual dos usuários a partir dos dados aos quais tinha acesso. No entanto, a polêmica gerada com a informação fez com que a publicação fosse retirada do ar. In LEE, Timothy B. *Uber's vast trove of customer data is ripe for abuse*. *Vox*, 18 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.vox.com/2014/11/18/7243093/uber-privacy-problems>>.

mínimos de segurança e da proteção de dados e informações pessoais dos usuários. Verifica-se, também, a existência de assimetrias de informação entre a plataforma e os passageiros, na medida em que não há clareza quanto às tarifas diferenciadas. Mas provavelmente a questão mais sensível em relação à proteção do consumidor diga respeito ao fato de que, ao afirmar que o serviço prestado se limita à facilitação da contratação de motoristas por indivíduos interessados, o *Uber* e as demais plataformas que seguem o modelo parecem buscar afastar a aplicação de normas de proteção ao consumidor, deixando os passageiros e terceiros eventualmente prejudicados em situação de vulnerabilidade.

3.2.2 Hospedagem

Ao longo deste trabalho, referimo-nos em diversas oportunidades ao *Airbnb*, plataforma do setor de hotelaria/hospedagem que, a partir dos pilares da economia do compartilhamento, vem ganhando cada vez mais usuários em todo mundo. Por isso, adotaremos a companhia como modelo para traçar os mais relevantes conflitos relativos ao mercado. Conforme destacamos anteriormente, o *Airbnb* é uma plataforma que conecta proprietários dispostos a alugar seus imóveis – ou parte deles – por alguns dias ou até mesmo semanas a viajantes interessados em alternativas aos hotéis tradicionais. Os preços são estabelecidos pelos próprios usuários, cabendo à plataforma uma comissão sobre cada uma das transações realizadas.

O sucesso da plataforma está relacionado aos preços baixos em comparação com as diárias de hotéis, à quantidade e variedade de acomodações anunciadas – há mais acomodações disponíveis no *Airbnb* do que nas redes mundiais *Starwood* e *Marriot* juntas⁵⁷ – e às facilidades oferecidas por muitos proprietários – acesso à internet, à cozinha equipada, à lavanderia, a um espaço para trabalho etc. As vantagens proporcionadas pelo serviço contratado através do *Airbnb* afetam a demanda por hotéis tradicionais⁵⁸, cujos representantes alegam que os proprietários que alugam cômodos de seu imóvel ou toda a propriedade através da plataforma não pagam os diversos tributos incidentes e não atendem exigências como alvará de funcionamento, verificações dos bombeiros, contas comerciais de água e energia, etc., criando um contexto de concorrência desleal⁵⁹.

Outra inquietação relativa à plataforma, que se reflete na relação com os concorrentes,

⁵⁷ STAY with me: as online rivals whizz ahead, hotel try to be both big and nimble. *The Economist*, Londres, p. 60-61, 7-13 mai. 2016.

⁵⁸ *Ibidem*. As grandes redes mundiais não reportaram, até hoje, um declínio na demanda, mas têm se preocupado com a ascensão de plataformas como o *Airbnb*.

⁵⁹ SANTOS, Raiza O. *Airbnb desperta polêmica no setor hoteleiro*. *Revista Hotéis*, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://www.revistahoteis.com.br/airbnb-desperta-polemica-no-setor-hoteleiro/>>.

com os hóspedes usuários e com a sociedade como um todo, diz respeito à violação de normas de planejamento urbano. Isso porque, a depender da frequência com que hospeda turistas em sua casa ou apartamento, o proprietário que utiliza o *Airbnb* acabaria desrespeitando regras que impedem que hotéis, pensões, albergues etc. se instalem em zonas residenciais.

Também há preocupações especificamente sobre a proteção ao hóspede usuário, na medida em que não há um controle sobre as condições de instalação de cada propriedade anunciada. Ademais, apesar de o *Airbnb* oferecer aos usuários um seguro com cobertura para danos causados ao proprietário ou à propriedade e para danos causados ao hóspede, questiona-se sobre a responsabilidade da própria plataforma nos casos em que ocorrerem danos não cobertos pelo seguro oferecido.

Esse contexto de inquietações demonstra que, também no setor de hospedagem, há desdobramentos relativos à defesa da concorrência e à proteção do consumidor, cabendo, aqui, a mesma ressalva feita no item anterior: a pressão e organização de atores tradicionais do mercado não pode pautar a análise dos conflitos verificados no setor. Além disso, o debate acerca da regulação da atividade em questão deve levar em conta a frequência com que um indivíduo recebe um hóspede no imóvel anunciado no *Airbnb* ou em plataformas semelhantes, pois não seria razoável dar o mesmo tratamento a situações distintas – por exemplo, um indivíduo recebe constantemente hóspedes em seu imóvel, e outro o faz apenas durante um final de semana no ano.

Discutidas as questões acima apontadas, deve-se também atentar ao fato de que, atualmente, ao contrário dos hotéis, os anfitriões do *Airbnb* não pagam os diversos tributos incidentes sobre a atividade de hospedagem e não atendem as exigências anteriormente mencionadas, além de não observarem as regras de zoneamento urbano e não estarem submetidos a controle quanto à segurança das acomodações oferecidas. Além disso, é preciso avaliar se o seguro oferecido possui cobertura suficiente e adequada à proteção dos usuários e se, em última medida, não acaba afastando a incidência de normas consumeristas.

3.2.3 Serviços

Como vimos, a economia do compartilhamento implica na criação de mercados de duas pontas, em que, de um lado, estão os usuários e, do outro, indivíduos interessados em prestar determinados serviços. Em geral, os prestadores de serviços são contratados pelas plataformas como contratantes autônomos, modelo que não é uma novidade da economia do compartilhamento – o *FedEx*, empresa americana de remessa expressa de correspondência,

documentos e objetos, por exemplo, utiliza-se desta modalidade há muitos anos para contratar motoristas responsáveis pelas entregas. Contudo, a contratação autônoma de prestadores de serviços tem sido cada vez mais utilizada, tendo em vista o papel intermediário que as plataformas da economia do compartilhamento pretendem assumir nos mercados em que atuam – o *Uber* adota exatamente este modelo, assim como o *Homejoy*, plataforma americana que facilitava que indivíduos interessados contratassem prestadores de serviços de limpeza doméstica.

Em que pese a flexibilidade e a suposta autonomia que o modelo contratação autônoma proporciona – não há, em regra, uma jornada de trabalho fixa – as plataformas muitas vezes controlam intensamente as condições de trabalho dos prestadores de serviços, como destaca Ana Frazão⁶⁰. Essa subordinação de fato dos contratantes autônomos à plataforma, aliada à ausência de garantias típicas das relações de emprego, têm gerado diversas controvérsias em todo o mundo. No Estados Unidos, por exemplo, já houve decisões judiciais no sentido de que os caminhoneiros do *FedEx* seriam, na realidade, seus empregados, e não contratantes autônomos. Isso porque a empresa controlaria intensamente as condições de trabalho dos motoristas, na medida em que exigia que eles adquirissem e utilizassem o uniforme da companhia, o *scanner* necessário para registrar e controlar a entrega de mercadorias e o caminhão da empresa, cujos gastos de manutenção seriam de responsabilidade do motorista. Ademais, os caminhoneiros teriam que pagar pela manutenção do veículo e pela contratação de outros motoristas no caso de se ausentarem por motivo de doença ou para ajudar a atingir a meta de entregas em épocas de grande demanda, como o final do ano⁶¹.

A plataforma *Homejoy*, por sua vez, encerrou suas atividades recentemente em razão dos diversos processos judiciais contra ela manejados por prestadores de serviços, que afirmavam ser empregados da empresa, e não meros contratantes autônomos. Ao se registrarem na plataforma, os prestadores de serviço recebiam kit de limpeza e uniforme, e eram treinados pela própria empresa. Ademais, os contratantes eram incentivados a trabalhar em determinados dias, e a plataforma se eximia da responsabilidade de reparar os danos causados em eventuais acidentes ocorrido durante a prestação de serviços⁶².

⁶⁰ FRAZÃO, op. cit.

⁶¹ WOOD, Robert W. FedEx misclassified drivers as independent contractors, rules Ninth Circuit. Forbes, 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/robertwood/2014/08/27/fedex-misclassified-drivers-as-independent-contractors-rules-ninth-circuit/#714d7ed879cf>>.

⁶² HUET, Ellen. Homejoy shuts down, citing worker misclassification lawsuits. Forbes, 17 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2015/07/17/cleaning-startup-homejoy-shuts-down-citing-worker-misclassification-lawsuits/#7426bfc97780>>.

No caso do *Uber*, os “motoristas parceiros” precisam atender determinados requisitos para se credenciar junto ao aplicativo, como possuir apólice de seguro que cubra riscos a terceiros, e seu veículo deve atender padrões relativos ao modelo e ao ano de fabricação, a depender da modalidade do serviço que o motorista pretende prestar – o *UberBlack* é a versão mais luxuosa, e o *UberX*, a mais popular⁶³. Uma vez credenciados, os motoristas recebem 80% do valor de cada corrida, que é estabelecido pela plataforma, e devem manter uma média de avaliações acima de 4,6 – caso contrário, podem ser deligados do aplicativo.

Desde seu lançamento, o preço estabelecido tem se mostrado atrativo aos consumidores, o que, à primeira vista, é benéfico para os motoristas, que têm uma base cada vez maior de potenciais clientes. No entanto, o estabelecimento de tarifas baixas pode tornar a remuneração insuficiente, tendo em vista que, além de remunerarem a plataforma com 20% do valor de cada corrida, os motoristas arcam com todos os custos de manutenção de seu veículo⁶⁴. Destacamos também que há inquietações sobre a forma como o desligamento dos motoristas que obtém média abaixo de 4,6 ocorre, tendo em vista que há relatos de motoristas que foram desligados, de uma hora para a outra, sem que houvesse, ao menos, comunicação por parte da plataforma. É controversa, ainda, a questão da responsabilidade por eventuais danos causados a usuários e a terceiros em razão de acidentes: como o *Uber* se limita, em tese, a facilitar a contratação de corridas por usuários interessados, a plataforma entende que eventuais danos devem ser reparados pelos contratantes autônomos, estes sim prestadores do serviço de transporte individual de pessoas.

Diante desse cenário, e considerando a valorização do trabalho e a promoção da justiça social como fundamento e finalidade, respectivamente, da ordem econômica e financeira, é preciso avaliar se o modelo de contratação adotado pelas plataformas da economia do compartilhamento⁶⁵ não afasta a incidência de normas trabalhistas⁶⁶, transferindo para os prestadores de serviço o risco do negócio. Destacamos, ainda, que a regulação do setor demanda uma análise relativa à frequência do serviço prestado de forma vinculada às plataformas da economia do compartilhamento. Isso porque há muitos contratantes autônomos que de fato se vinculam a plataformas da economia do compartilhamento para prestar serviços

⁶³ SOUZA e LEMOS, op. cit, p. 2.

⁶⁴ LEAL, Ubiratan. Greve expõe fragilidade trabalhista de motoristas do Uber. Outra Cidade, 28 mar. 2016. Disponível em: < <http://outracidade.com.br/greve-expoe-fragilidade-trabalhista-de-motoristas-do-uber/>>.

⁶⁵ ROOSE, Kevin. Silicon Valley's contract worker problems. New York Magazine, 18 set. 2014. Disponível em <<http://nymag.com/daily/intelligencer/2014/09/silicon-valleys-contract-worker-problem.html#>>.

⁶⁶ FRAZÃO, op. cit.

apenas eventualmente, como forma de complementar sua renda; outros, contudo, optam por trabalhar exclusivamente como prestadores de serviços de determinada plataforma, tendo naquela atividade sua única fonte de sustento.

CONCLUSÃO

A regulação da economia pelo Estado se justifica para corrigir ineficiências e para proteger e promover o interesse público. A Constituição de 1988, ao dispor sobre a ordem econômica e financeira, estabeleceu a valorização do trabalho humano como fundamento, e a livre concorrência e a defesa do consumidor como princípios. Esses valores devem guiar a atividade regulatória do Estado sobre o mercado como um todo, independentemente dos regramentos incidentes sobre setores específicos da economia.

A economia do compartilhamento, fundada na ideia de otimização do aproveitamento de capacidades ociosas e na utilização de plataformas digitais, propõe modelos de consumo e de prestação de serviços desagregados, com custos de transação reduzidos. O sucesso do fenômeno se deve à praticidade que as plataformas digitais oferecem aos consumidores, aos preços geralmente mais baixos do que os praticados no mercado tradicional, à compatibilidade dos serviços oferecidos com as novas tendências na demanda – melhor aproveitamento de bens ociosos e valorização do acesso em detrimento da posse ou da propriedade – e à possibilidade de transacionar com desconhecidos em ambiente seguro. Do ponto de vista dos trabalhadores, o sucesso das plataformas da economia do compartilhamento é justificado pela possibilidade de obter renda extra por meio da prestação de serviços específicos e em caráter eventual e pela flexibilidade decorrente do modelo de contratação autônoma. Por sua vez, o interesse dos empreendedores na economia do compartilhamento se deve à possibilidade de criar novas formas de contratação e à consequente redução de barreiras para a entrada de novos agentes no mercado.

As plataformas da economia do compartilhamento atuam nos diversos setores da economia como plataformas de duas pontas, que se limitam a facilitar transações entre usuários e prestadores de serviços. Se, por um lado, essa configuração permite que bens e serviços sejam utilizados de novas maneiras e proporcionam maior flexibilidade aos sujeitos envolvidos, por outro, afastam a aplicação de legislações protetivas de direitos difusos. Veja-se que os arranjos contratuais das plataformas, que as colocam na posição de mera intermediadora da prestação de determinado serviço, dificulta a configuração da relação de consumo entre ela e os usuários, na

medida em que o risco do negócio é transferido para os contratantes autônomos, que são a outra ponta do mercado. Ademais, o modelo flexível de contratação de prestadores de serviço coloca muitos deles em posição vulnerável, tendo em vista que além de não gozarem de direitos trabalhistas típicos das relações de emprego, respondem por danos causados no desempenho do serviço, suportando o risco do negócio que as plataformas alegadamente se limitam a intermediar. Por fim, as plataformas que atuam em setores como o de transportes e o de hospedagem sustentam que o serviço por elas prestado não se assemelha ao dos atores tradicionais do mercado – o *Uber* não presta o serviço de transporte, limitando-se a facilitar a contratação de motoristas por passageiros, e o *Airbnb* não oferece quartos de hotéis, mas intermedia a transação entre proprietários de imóveis e pessoas interessadas em aluguel para temporada –, o que impede, em tese, o reconhecimento da prática de condutas anticompetitivas.

A ameaça que o modelo adotado pelas plataformas representa à defesa da concorrência, à proteção do consumidor e à valorização do trabalho demanda um reposicionamento por parte dos reguladores, precedido de reflexão e debate pela sociedade como um todo. O grande desafio que se põe na busca por soluções regulatórias adequadas é proteger tais valores, sem, contudo, esvaziar o fenômeno da economia do compartilhamento.

REFERÊNCIAS

A FARE shake: jacking up prices may not be the only way to balance supply and demand for taxis. **The Economist**, Londres, p. 68, 14-20 mai. 2016.

BADGER, Emily. Why we can't figure out how to regulate Airbnb. **The Washington Post**, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2014/04/23/why-we-cant-figure-out-how-to-regulate-airbnb/>. Acesso em: 7 mai. 2016.

CONSTANCIO, Thaise; MATRAVOLGYI, Julia. Fãs bancam ideias de artistas. **Estadão**. Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/focas-economicos-13/crowdfunding.shtml>. Acesso em: 25 abr. 2016.

CHASE, Robin. **Peers Inc.: how people and plataforms are inventing the collaborative economy and reinventing the capitalism**. New York: PublicAffairs, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003,

p. 288.

FAGUNDES, Mateus; FARIAS, Sirlene. Dinheiro virtual atrai dinheiro real e investidor. **Estadão**. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/focas-economicos-13/bitcoins.shtml>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

FRAZÃO, Ana. **Projeto de lei que regula o Uber traz riscos trabalhistas e consumeristas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-13/ana-frazao-projeto-lei-regula-uber-traz-riscos-trabalhistas>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

HUET, Ellen. Homejoy shuts down, citing worker misclassification lawsuits. **Forbes**, 17 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2015/07/17/cleaning-startup-homejoy-shuts-down-citing-worker-misclassification-lawsuits/#7426bfc97780>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

JOHAL, Sunil; ZON, Noah. **Policy making for the sharing economy: beyond wack-a-mole**. Disponível em: <https://mowatcentre.ca/wp-content/uploads/publications/106_policymaking_for_the_sharing_economy.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 669.

LEAL, Ubiratan. Greve expõe fragilidade trabalhista de motoristas do Uber. **Outra Cidade**, 28 mar. 2016. Disponível em: <<http://outracidade.com.br/greve-expoe-fragilidade-trabalhista-de-motoristas-do-uber/>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

LEE, Timothy B. Saudi Arabia invested \$3.5 billion in Uber. That could be bad News for the global economy. **Vox**, 2 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.vox.com/2016/6/2/11834164/uber-saudi-arabia-billion>>.

_____. Uber's vast trove of customer data is ripe for abuse. **Vox**, 18 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.vox.com/2014/11/18/7243093/uber-privacy-problems>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

MANJOO, Farhad. Grocery Deliveries in sharing economy. **The New York Times**, 21 mai.

2014. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/05/22/technology/personaltech/online-grocery-start-up-takes-page-from-sharing-services.html?_r=0>. Acesso em: 24 abr. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à abrangência e à intensidade da regulação Estatal**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

MENDES, Francisco Schertel; CEROY, Frederico Meinberg. **Economia compartilhada e a política nacional de mobilidade urbana: uma proposta de marco legal**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td185>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

MONTADORAS adotam carro compartilhado. **Folha de S. Paulo**, 26 jun. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/224057-montadoras-adotam-carro-compartilhado.shtml>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRICEWATERHOUSE COOPERS. **The sharing economy: consumer intelligence series**. Disponível em: <<https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-consumer-intelligence-series-the-sharing-economy.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

RAUCH, Daniel E.; SCHLEICHER, David. **Like Uber, bur for local governmental policy: the future of local regulation of the “sharing economy”**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549919>. Acesso em: 2 mai. 2016.

ROOSE, Kevin. Silicon Valley’s contract worker problems. **New York Magazine**, 18 set. 2014. Disponível em <<http://nymag.com/daily/intelligencer/2014/09/silicon-valleys-contract-worker-problem.html#>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

RYSMAN, Marc. **The economics of two-sided markets**. Disponível em: <<http://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.23.3.125>>. Acesso em 20 mai. 2016.

SANTOS, Raiza O. Airbnb desperta polêmica no setor hoteleiro. **Revista Hotéis**, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://www.revistahoteis.com.br/airbnb-desperta-polemica-no-setor->

hoteleiro/>. Acesso em: 4 jun. 2016.

SCHOR, Juliet B.; FITZMAURICE, Connor J. **Collaborating and connecting: the emergence of the sharig economy.** Disponível em: <http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/sociology/pdf/SchorElgarHandbook.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Parecer Uber.** Disponível em: <<http://static1.squarespace.com/static/56bb500962cd94f9720d5920/t/56c480207c65e48b92a4ab67/1455718433781/Doc.+1+-+Parecer+dos+diretores+do+Instituto+de+Tecnologia+e+Sociedade+do+Rio+de+Janeiro+%28ITS%29%2C+Professores+Carlos+Affonso+Souza+e+Ronaldo+Lemos.+%282%29.pdf>> Acesso em: 4 jun. 2016.

STAY with me: as online rivals whizz ahead, hotel try to be both big and nimble. **The Economist**, Londres, p. 60-61, 7-13 mai. 2016.

TAMING the beasts: European governments are not alone in wondering how to deal with digital giants. **The Economist**, Londres, p. 57-59, 28 mai.-3 jul. 2016.

WOOD, Robert W. FedEx misclassified drivers as independent contractors, rules Ninth Circuit. **Forbes**, 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/robertwood/2014/08/27/fedex-misclassified-drivers-as-independent-contractors-rules-ninth-circuit/#714d7ed879cf>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

A LEGITIMIDADE ELEITORAL ATIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - LEI Nº 13.146/2015

Elizabeth Dias dos Santos

SUMÁRIO: Introdução 1. O Exercício do Voto no Brasil. 1.1. Direitos Políticos 1.2. Capacidade Eleitoral. 2. A Capacidade Civil e sua Repercussão no Direito Eleitoral. 2.1. A Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência Mental. 3. A Capacidade Eleitoral da Pessoa com Deficiência Mental na Vigência da Lei nº 13.146/2015. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo analisa os reflexos da Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência na Justiça Eleitoral, especificamente a legitimidade eleitoral ativa das pessoas com deficiência mental consideradas absolutamente incapazes. A nova Lei afetou a compreensão de capacidade civil no ordenamento pátrio ao alterar os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro. Além disso, instituiu em seu artigo 76 o direito à participação na vida pública e política do país. Assim, põe-se a questão a respeito do direito de a pessoa com deficiência mental votar e ser votada, à luz do que dispõe o artigo 15, inciso II, da Constituição Federal. A análise, que consistiu em pesquisa doutrinária, mostrou que, a nova Lei ao promover a inclusão de todas as pessoas com deficiência no rol de capazes, não considerou a capacidade de cognição desses indivíduos e a possibilidade dessa classe de manifestar de forma livre e autônoma sua vontade.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência mental. Capacidade. Justiça Eleitoral. Voto.

ABSTRACT: This article analyzes the consequences of Law 13.146/2015 the statute of the person with disabilities, the electoral justice, specifically the legitimacy active election of people with mental disabilities. This statute affected the understanding of civil capacity in parental planning to amend articles 3rd and 4rd of the Brazilian Civil Code. Furthermore, established in article 76 the right to participate in public life and politics of the country. Indeed, the right of people with mental health problems to vote and be voted on, but in confrontation with Article 15, II of the Federal Constitution. The analysis demonstrated that the new Statute is not able to promote full inclusion of all people with disabilities, because it did not overcome the problem of free will.

Keywords: People with mental disabilities. Capacity. Electoral Justice. Vote.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ordinariamente Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicada no dia 7 de julho de 2015, com vigência a partir de janeiro de 2016, teve o manifesto propósito de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, visando a inclusão social e o exercício da cidadania.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência regulamenta a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo assinados em Nova York em 30 de março de 2007, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, em decorrência do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tendo portanto status de norma constitucional.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi homologada pela Assembleia das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e tem como finalidade efetivar os direitos e garantias fundamentais da Declaração Universal dos Direitos Humanos para as Pessoas com Deficiência.

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos para as Pessoas com Deficiência, segue os princípios da Carta das Nações Unidas, dentre eles, o reconhecimento da dignidade de todos os homens, a busca pelos direitos iguais, e a garantia que todas as pessoas com deficiência os exerçam sem discriminação.

Para isso, o novo Estatuto alterou o *caput* do artigo 3º do Código Civil e revogou seus incisos. Além disso, modificou o artigo 4º do Código e seus incisos. Em síntese, decompôs o instituto da capacidade civil no ordenamento brasileiro, incidindo em diversos âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro.

Com essa mudança, busca forçar a integração da sociedade e do Estado, isto é proporcionar condições para materialização da dignidade das pessoas com deficiência irrestritamente. É um esforço de melhorar suas vidas, visto que são pessoas vulneráveis, e suscetíveis a violação de direitos.

Também, o Estatuto definiu o que é pessoa com deficiência, solidificando o entendimento de que a deficiência não pode ser um fator limitador de acesso a cidadania ou a qualquer ato da vida, igualmente a fim de evitar a discriminação.

No mais, o artigo 76 da Lei nº 13.146/2015 instituiu que deverá o poder público promover e garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas, como o exercício da legitimidade eleitoral ativa e passiva, bem como o incentivo ao exercício de funções públicas, e a participação na vida pública.

Nessa nova conformação jurídica, portanto, as pessoas com deficiência mental, não são mais consideradas absolutamente incapazes e devem ser integradas à vida social e política da comunidade em que estão inseridas, o que pode trazer consequências para a discussão acerca da legitimidade eleitoral ativa.

Diante desse cenário, a questão que se põe diz respeito à possibilidade de a pessoa com deficiência mental ter condições jurídicas de expressar sua vontade e ter acesso a vida pública e direito ao voto. Pois, o direito ao voto, previsto no artigo 14 da Constituição Federal de 1988, pressupõe a possibilidade de manifestar de forma livre, a vontade a respeito dos rumos da vida em sociedade.

Para enfrentar esse problema, o trabalho passará pela discussão jurídica acerca do exercício do voto no Brasil, com ênfase no tema da capacidade eleitoral. Outrossim, a análise da capacidade civil decorrente da teoria das capacidades, que tratava dos absolutamente incapazes e dos relativamente incapazes.

Igualmente, apresenta as principais dificuldades, que Justiça Eleitoral poderá enfrentar sobre questão da legitimidade eleitoral da pessoa com deficiência mental, visto suas vulnerabilidades e a ausência de manifestação de vontade. *E* tem como objeto o estudo sobre a legitimidade eleitoral da pessoa com deficiência mental.

1.0 EXERCÍCIO DO VOTO NO BRASIL

1.1.DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos ou como denomina José Jairo Gomes¹ direitos cívicos referem-se a obrigação de o cidadão participar de todos os atos da vida pública, especialmente do Estado no qual está inserido, seja por via direta ou indireta.

Com efeito, os direitos políticos são faculdades intrínsecas à condição de cidadão; e por meio deles são garantidos outros direitos, sejam direitos individuais, sociais ou econômicos. Neste sentido, Mendes conceitua direitos políticos:²

Os direitos políticos formam a base do regime democrático. A expressão ampla refere-se ao direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, à igualdade de oportunidade dos partidos.

Leciona Gonçalves:³

Os direitos políticos são direitos fundamentais de “primeira geração”, pois envolvem pretensões de participação na vida pública e do exercício do poder. Eles não se resumem a eleger representantes (direitos políticos ativos) e se candidatar (direitos políticos passivos). Incluem a possibilidade de fundar ou integrar partidos políticos, participar de manifestações públicas, propor ações populares, assinar projetos de iniciativa popular etc. Não são direitos titularizados apenas por “eleitores”, mas por todos os cidadãos, em sentido amplo.

Os direitos políticos atestam a soberania popular e estão positivados no capítulo IV do título II da Constituição Federal de 1988, constituindo um direito fundamental.

Eles são concretizados precipuamente pelo sufrágio universal, voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Dispõe a Constituição:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;
II - referendo;
III - iniciativa popular.

¹GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 4.

²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual; São Paulo: Saraiva; 2009. Pág. 779.

³GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**. 2ª ed. São Paulo: São Paulo: Atlas, 2002. Pág. 24.

Enfatiza Gonçalves, que a soberania popular é o poder máximo dado ao cidadão, que por sua vez deve exercê-lo nos limites da Constituição.

Por isso, depreende-se que o gozo dos direitos políticos é característico das democracias. Pondera Coelho⁴ que há ofensa ao princípio democrático quando se impossibilita aos cidadãos o exercício de seus direitos políticos. Desse modo, o cidadão detém a prerrogativa de participar das decisões do Estado, votando ou sendo votado⁵.

Costa identifica uma dimensão relevante da cidadania como aquela associada ao direito de voto. Confira-se:⁶

A cidadania é o direito de sufrágio político, é dizer, o direito de votar nas eleições, escolhendo seus representantes; bem assim, é o direito de candidatar-se a cargos políticos (direito de votar e ser votado). Se é ponderável afirmar a participação popular, no exercício da sua soberania, se dá se outras maneiras, como aquelas previstas no art.14 da Constituição, não é escusado dizer que as formas mais importantes dos seus representantes entre aqueles que concorrem nas eleições, é o ato de candidatar-se a cargo eletivo.

Gomes, acrescenta:⁷

Chama – se cidadão o detentor de direitos políticos. Trata-se do nacional admitido a participar da vida política do País, seja escolhendo os governantes, seja sendo escolhido para ocupar cargos políticos – eletivos. (...) Neste sentido, estritamente técnico pode-se dizer que a cidadania não é reconhecida a todos. Mas não se pode olvidar que esse termo – *cidadania* – apresenta amplo significado nas ciências sociais, em que denota o próprio direito à vida digna em sentido pleno, abarcando os direitos fundamentais, civis, políticos e sociais. É evidente que, neste sentido amplo todos têm direito à cidadania, independentemente de ser estar ou não alistado como eleitor. É comum a confusão entre os conceitos de cidadania e nacionalidade. Alguns acreditam que esses vocábulos sejam sinônimos. Mas na verdade é que são bem distintos. A cidadania é um status ligado ao regime político; identifica os detentores de direitos políticos. Já a nacionalidade é um status do indivíduo perante o Estado.

⁴ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito Eleitoral e Processo Eleitoral**. Direito penal e direito político. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Pág. 130.

⁵GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 3 e 4.

⁶COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9ª ed. rev.atual e ampl. Belo horizonte: Fórum, 2013. Pág. 36.

⁷GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 10ª ed. ver. Atual. e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 47.

No seu sentido estrito, ser cidadão diz respeito ao exercício do direito ao sufrágio, que demanda a observância do requisito da nacionalidade brasileira nos termos do artigo 12 da Constituição Federal,⁸ pelo qual se estabelece importante vínculo do cidadão com o Estado.

Doutrinariamente, os direitos políticos são classificados como positivos e negativos. Os direitos políticos positivos estão relacionados à faculdade de escolha (direito de voto nas eleições gerais, nos plebiscitos e referendos), e como por outros direitos de participação, como o direito de iniciativa popular ou de ajuizar ação popular. Os direitos políticos negativos, por sua vez, se relacionam com as causas de supressão do sujeito da vida política, como perda definitiva, suspensão e inelegibilidades.⁹

A respeito, dispõe o artigo 14 da Constituição que:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. (...)

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

⁸ Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

⁹ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito Eleitoral e Processo Eleitoral**. Direito penal e direito político. 2ª ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Pág. 131.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. (...)

9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta

Da referida norma, observam-se, os direitos eleitorais ativos e passivos, que recaem sobre capacidade eleitoral ativa e capacidade eleitoral passiva.

1.2. CAPACIDADE ELEITORAL

A capacidade eleitoral decorre do pleno exercício dos direitos políticos, portanto denota a capacidade de votar e ser votado, isto é capacidade eleitoral ativa ou capacidade eleitoral passiva.¹⁰

Para tanto, é imprescindível o alistamento eleitoral para que o nacional torne-se um eleitor. Nesta esteira, Gomes diz que sem o alistamento eleitoral, não se pode falar em cidadania, pois a partir deste procedimento é organizado o quadro de eleitores do país, deste modo o nacional que não se alistar, não exercerá seus direitos políticos. Castro, destaca:¹¹

O primeiro desafio da democracia representativa, portanto, é organizar seu corpo definindo regras pertinentes à capacidade eleitoral ativa. Ou seja: quem dentre os que vivem numa determina circunscrição, terá o poder de manifestar sua vontade no momento em que se escolhem governantes. (...)

O alistamento eleitoral, por conseguinte, é o procedimento administrativo eleitoral em que se verifica se o requerente tem capacidade eleitoral ativa e se pode exercê-las nas urnas. (...)

O alistamento eleitoral é o pressuposto objetivo do exercício do voto e a viabilização do exercício efetivo da soberania popular.

¹⁰GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 153.

¹¹CASTRO, Resende Castro de. **Curso de Direito Eleitoral**. 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. Pág.63 e 64.

Ainda, continua:¹²

Ao adquirir os direitos políticos, o brasileiro está apto a exercer o poder, que é seu por previsão constitucional, já que terá adquirido a capacidade eleitoral ativa, ou seja, o direito de escolher pelo voto os seus representantes no governo. Fácil perceber, então que os direitos políticos têm íntima conexão com o princípio democrático. É certo afirmar, por consequência, que os direitos políticos são pressupostos do alistamento eleitoral, uma vez que o brasileiro não terá acesso a este se não estiver no exercício daqueles. Estará impedido de alistar-se, e também de votar(...), aquele que não estiver no gozo dos direitos políticos.

Assim, a capacidade eleitoral, refere-se à capacidade do cidadão eleger seu representante e ser elegível, portanto capacidade eleitoral ativa e capacidade eleitoral passiva, respectivamente.

Por outro lado, um indivíduo pode ser eleitor, porém não ter a capacidade eleitoral passiva, sendo inelegível, como nos casos dos analfabetos.

Desse modo, a capacidade eleitoral consolida-se com o preenchimento dos requisitos constitucionais, por meio do alistamento eleitoral junto à Justiça Eleitoral. A Constituição Federal cita os requisitos legais, tratando do alistamento obrigatório, facultativo e os inalistáveis no seu artigo 14, como já destacado.

Feito o alistamento, o eleitor está apto para o exercício dos direitos políticos, ou melhor exercer sua cidadania, isto é o direito ao sufrágio universal, exercício do voto; consubstanciando a soberania popular. Vale consignar, que no ordenamento pátrio utiliza-se as expressões direitos políticos, cidadania e soberania popular como sinônimos.¹³

Igualmente, o sufrágio não se confunde com o voto, pois o sufrágio está ligado ao direito de participação na esfera política do país, já o voto é a própria escolha do eleitor.

Segundo explica Mendes:¹⁴

A obrigatoriedade do voto refere-se tão-somente ao dever de comparecer às eleições ou, no caso de impossibilidade, ao dever de justificar a ausência. A escolha que há de ser feita pelo eleitor é evidentemente livre, podendo ele tanto

¹²CASTRO, Resende Castro de. **Curso de Direito Eleitoral**. 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. Pág.71 e 72.

¹³COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9ª ed. rev.atual e ampl. Belo horizonte: Fórum, 2013. Pág. 88.

¹⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual; São Paulo: Saraiva; 2009. Pág. 780.

escolher os candidatos de sua preferência como, eventualmente, anular o voto ou votar em branco.

Ademais, a Constituição Federal vedou a cassação de direitos políticos, porém, elencou de forma taxativa no artigo 15, hipóteses em que um indivíduo pode ter seus direitos políticos afastados, são os casos de suspensão e perda, ocorre em circunstâncias excepcionais. Vide:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

A perda dos direitos políticos denota o caráter definitivo, e refere-se a perda de nacionalidade brasileira em decorrência da aquisição de outra nacionalidade; cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou alternativa ou prestação alternativa.

A suspensão denota temporariedade da privação dos direitos políticos do cidadão cessando o impedimento que ensejou a suspensão, os direitos políticos são restabelecidos, pode ocorrer em casos de incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; e improbidade administrativa.

Tanto a perda quanto a suspensão dos direitos políticos são passíveis de re aquisição, findo prazo de interrupção e cumprindo os requisitos para retomar os direitos políticos.

Afirma Lula:¹⁵

(...) a possível definitividade da perda dos direitos políticos – na verdade, reprimenda sem prazo estipulado para findar – como a proscricção de penas perpétuas do artigo 5, XLII, alínea “b” da CF 88. Na perda de direitos políticos, portanto temos a sanção sem prazo determinado para determinar, que pode até tornar-se definitiva, mas a lei possibilita a sua re aquisição, a qualquer tempo, mediante o cumprimento das obrigações por ela prescritas. Para usar uma expressão do direito civil, a re aquisição dos direitos políticos estaria aqui submetida a uma condição, na modalidade suspensiva ao passo que na suspensão dos direitos submete-se simplesmente a termo final.

¹⁵ LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. **Direito Eleitoral**. 1ª ed. São Paulo: Imperium Editora, 2014. Pág.214.

Prosseguindo, interessa no estudo a suspensão do exercício dos direitos políticos, resultante da declaração de incapacidade civil absoluta, isto é, os indivíduos que não podem obter capacidade eleitoral devido a condição de incapaz. Para isso, é preciso compreender a teoria das capacidades que era adotada pelo ordenamento pátrio.

2. A CAPACIDADE CIVIL E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO ELEITORAL

A incapacidade civil absoluta é causa de suspensão dos direitos políticos, como previsto no inciso II do artigo 15 da Constituição Federal. Por sua vez, os direitos políticos somente podem ser exercidos por quem está no quadro de eleitores. Desse modo, a incapacidade civil absoluta é impedimento para o alistamento eleitoral, ou seja para a aquisição dos direitos políticos.

Nesta hipótese, a capacidade plena é pressuposto para adquirir a legitimidade eleitoral. Quando declarado que o indivíduo é absolutamente incapaz, não poderá exercer a cidadania.

A teoria das capacidades, adotada pelo Código Civil, compreende que a personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida, e a partir de então, o indivíduo é titular da capacidade de direito, que se distingue da capacidade de agir.

Dispõe os artigos 1º e 2º do Código Civil:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O sujeito ao nascer adquire personalidade e capacidade de direito, porém não possui a capacidade de fato, ou seja, não pode exercer os atos da vida civil.

Assim, a teoria das capacidades versa sobre a capacidade civil do sujeito, essencialmente a capacidade de fato.¹⁶

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág.110.

A capacidade é a faculdade do sujeito em ser titular de direitos, e exercê-los de modo que produza efeitos. Destarte, leciona Pereira:¹⁷

Todo ser humano é dotado de personalidade jurídica, e portanto da aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Aliada a idéia de personalidade, a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a *capacidade* para a aquisição dos direitos e para exercê – los por si mesmo, diretamente, ou por intermédio (pela representação), ou com a assistência de outrem.

Bem como, Lôbo:¹⁸

A capacidade de exercício é também denominada na doutrina capacidade de fato, capacidade de agir ou capacidade negocial, isto é, capacidade de agir com eficácia jurídica, em especial a capacidade de produzir, mediante negócios jurídicos, efeitos jurídicos para si e para os outros. Há, igualmente, como lembra LARENZ, a capacidade delitual, ou seja, a capacidade de fazer responsável pelas próprias ações. (...) A capacidade de exercício diz respeito apenas ao exercício da capacidade civil em relação aos direitos patrimoniais, atribuída aos que tem um nível mínimo de discernimento. Toda pessoa com idade igual ou superior a dezoito anos é, em princípio plenamente capaz e pode exercer os atos da vida civil diretamente. Tem portanto, além da genérica capacidade civil, a capacidade de exercício. A capacidade de exercício não abrange os direitos patrimoniais que emergem exclusivamente do estado da pessoa humana, como o direito à identidade pessoal ou ao nome, cujo o exercício não depende da capacidade do titular.

A regra é a capacidade plena, isto é, todos desfrutam de condições para manifestação da vontade. Em situações expressas, declarava-se a incapacidade absoluta ou relativa, nestes casos o objetivo do sistema era proteger os indivíduos que por ausência discernimento não têm autonomia ou independência.

Neste sentido, declara Pereira:¹⁹

Se capacidade de direito ou de gozo é geminada com personalidade, de que naturalmente decorre, a capacidade de fato ou de exercício nem sempre coincide com a primeira, porque algumas pessoas, sem perderem atributos da personalidade, não tem faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos civis. Aos que assim são tratados pela lei, o direito denomina *incapazes*. Como a incapacidade é uma restrição ao poder de agir, deve ser sempre encarada *strictu iuris*, e sob a iluminação do princípio segundo o qual a *capacidade é regra e a incapacidade é exceção*.

Desse modo, no sistema vigente, a pessoa com 18 anos de idade e salubridade mental, é considerada capaz de direito e de fato.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Pág.223

¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Págs. 110 a 112.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Pág.228.

Antes da vigência da Lei nº13.146/2015, o Código Civil delimitava os casos de incapacidade de forma taxativa, nos termos dos artigos 3º e 4º:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Nestes termos, os absolutamente incapazes são indivíduos incapazes de manifestar vontade, bem como exercer seus direitos. O absolutamente incapaz não possui condições para o exercício completo dos atos da vida civil, sendo importante destacar que as causas elencadas no artigo 3º do Código Civil poderiam ser definitivas ou temporárias. Para o exercício da vida civil, os absolutamente incapazes precisavam de um representante legal.

Na incapacidade relativa o sujeito pode exercer os atos da vida civil, mas precisa ser assistido, seja por um curador ou tutor. Apesar de exercer os atos da vida, faz de forma limitada. Geralmente a incapacidade nestes casos é temporária.

Em síntese, a capacidade civil refere-se à titularidade de direitos do indivíduo (capacidade de direito) e a capacidade de exercê-los produzindo efeitos jurídicos (capacidade de fato). E consideram-se absolutamente incapazes os indivíduos que não possuem condições suficientes para exercício de seus direitos e relativamente incapazes os que possuem condições para exercerem seus direitos, porém de forma limitada.

Entretanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o *caput* do artigo 3º do Código Civil e revogou seus incisos. E modificou o artigo 4º do Código, como também seus incisos, dissolvendo o instituto da capacidade civil. Assim, a nova redação do Código Civil dada pela Lei nº 13.146/15:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

I - (Revogado)

II - (Revogado);

III - (Revogado).

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial

À vista disso, na atualidade, sujeito considerado absolutamente incapaz seria, somente o menor de dezesseis anos. Em relação às pessoas com deficiência mental, não haveria, em princípio incapacidade absoluta, não podendo qualquer que seja o grau de deficiência ter sua vida civil limitada nos termos do novo Estatuto.

Isto também, devido a redação do artigo 6º do Estatuto,²⁰ as pessoas que foram interditas devido a enfermidade ou deficiência mental, com alteração legislativa são, agora consideradas capazes, excluídas do instituto da incapacidade.²¹

Observa Requião:²²

A incapacidade, por sua vez, é categoria jurídica, estado civil aplicável a determinados sujeitos por conta de questões relativas ao seu status pessoal. Pode decorrer tanto da simples inexperiência de vida, como por conta de circunstâncias outras, tais como o vício em drogas de qualquer natureza. Dentre estas circunstâncias, até a chegada do Estatuto que ora se discute, encontrava-se o transtorno mental, sob as mais diversas denominações (enfermidade ou deficiência mental, excepcionais sem desenvolvimento mental completo). Independe a incapacidade de decretação judicial.

²⁰Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

²¹SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em junho de 2016.

²²REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Altera Regime da Incapacidade**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso em junho de 2016.

Enquadrando-se o sujeito numa das hipóteses previstas no suporte fático normativo, é ele incapaz e, portanto, ao menos de algum modo limitado na prática dos seus atos.

Nessa perspectiva, ganha relevo indagar como interpretar o inciso II do artigo 15 da Constituição Federal, no que se refere aos sujeitos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenham necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir vontade.

Deve-se ter em mente que, antes da vigência do Estatuto, a incapacidade civil absoluta era impedimento ao alistamento eleitoral (aí incluídas as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, que não possuíam discernimento para prática de atos da vida, nos termos do revogado artigo 3º, inciso II do Código Civil), pois a capacidade civil era pressuposto para a capacidade eleitoral do indivíduo.²³

Isto porque, para participação na vida pública do Estado, o sujeito necessita de cognição. Como bem pondera Gonçalves:²⁴

A participação na vida política do país envolve opções de vontade, indicações de preferências políticas ou sociais ou, mesmo, entre candidatos numa disputa, que exigem uma livre, consciente e pessoal manifestação da vontade do cidadão. Por essa razão, a Constituição incluiu a incapacidade civil absoluta (não relativa!) entre as causas de perda ou suspensão dos direitos políticos.

A declaração de incapacidade civil das pessoas com deficiência mental possuía o fito de proteção a segurança social dos direitos públicos subjetivos e a proteção ao incapaz.²⁵

Neste sentido, Pereira:²⁶

O instituto das capacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Esta é a ideia fundamental que inspira, e acentuá-lo é uma de suma importância para a sua projeção na vida civil, seja no tocante à aplicação dos princípios legais definidores, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou no aproveitamento e na ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes. A lei não institui o regime de incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas ao revés, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a uma falta de

²³Observa-se que não incidia suspensão de direitos políticos sobre pessoas com deficiência motora, salvo, houvesse prejuízo na cognição do indivíduo.

²⁴ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁵ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Pág.131

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pág.171.

discernimento, de quem sejam pacientes, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitário.

A incapacidade civil absoluta se consolidava com a declaração de interdição por decisão judicial. Logo, o juiz decretava a interdição, era registrado no Cartório Civil, e informado ao juiz eleitoral, nos termos do artigo 71, inciso II do Código Eleitoral, alega Gomes²⁷ que nestes casos, não há ofensa a soberania popular, pois, trata-se de uma questão de praticidade.

A pessoa com deficiência mental declarada absolutamente incapaz tinha os direitos políticos suspensos. Nesta situação, era designado-lhe um representante.

Contudo, ressalta-se que a doutrina diverge sobre ser causa de suspensão ou perda, pois a Constituição não deixou claro. Gomes²⁸ compreende que nos casos de procedimento regular judicial de interdição, será declarada a suspensão dos direitos políticos, pois o interditado, caso recupere a capacidade de exercício, terá seus direitos políticos de volta.

Em outros casos, o doutrinador entende como causa de impedimento:²⁹

(...) se a pessoa já nascer portando doença que a torne incapaz até a fase adulta ou mesmo por toda a vida? Neste caso é impróprio fala-se em suspensão que pressupõe gozo anterior de direitos políticos. Tampouco se pode falar de perda, pois não se perde o que não se tem. Mais correto será pensar em impedimento, pois a incapacidade congênita é fator obstativo para a aquisição de direitos políticos.

Em suma, os direitos políticos da pessoa com deficiência mental eram interrompidos, conforme artigo 15, inciso II da Constituição Federal de 1988.

3. A CAPACIDADE ELEITORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.146/2015

A pretexto de promover a igualdade efetiva da pessoa com deficiência, seja no âmbito do exercício de liberdades, seja no âmbito de direitos políticos, determinando a implementação de políticas públicas que visem uma sociedade inclusiva, a nova Lei pode trazer impactos na

²⁷Art. 71. São causas de cancelamento:

II - a suspensão ou perda dos direitos políticos;

²⁸GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. Pág.12

²⁹GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. Pág.12

conformação do sistema eleitoral, na medida em que se pode defender que a pessoa com deficiência mental que não tenha pleno gozo de suas faculdades mentais, possa exercer relevantes atos da vida civil e política, como votar e ser votado.

Outrossim, a norma é um esforço do legislador em diminuir a discriminação contra as pessoas com deficiência, e dessa maneira proporcionar uma vida melhor, visto que as barreiras sociais prejudicam inúmeras áreas fundamentais de suas vidas, tais como o emprego, educação, saúde, acesso a tratamentos, dentre outras.

Bem assim, o Estatuto procura que os direitos das pessoas com deficiência deixem de serem violados, pois estes indivíduos, ainda sofrem com abusos e tratamentos desumanos.

Em síntese, a norma deseja ofertar as pessoas com deficiência uma sociedade apoiadora, por isso quer inculcar no corpo social a ideia de paridade com aqueles.

A fim de consolidar essa ideia, trouxe inovações, dentre as quais a alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil, afetando como supracitado a teoria das capacidades, conseqüentemente alcançou o instituto da capacidade eleitoral das pessoas com deficiência, notadamente, as pessoas com deficiência mental. Porquanto, com vigência do Estatuto as pessoas antes consideradas absolutamente incapazes, agora são relativamente capazes.

Nesta conjuntura, o Estatuto delimitou o conceito de pessoa com deficiência, com o intuito de dizer que a deficiência não é a razão da limitação da capacidade civil. Uma tentativa de assegurar a inclusão social de forma plena. Vide:

Art. 2º considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Portanto, a nova Lei pretende assegurar que a pessoa com deficiência não sofra discriminações por seu estado, e que sua situação não seja um limitador para definir sua capacidade para os atos da vida, deste modo a deficiência não pode afetar a capacidade civil da pessoa. A esse respeito, o Estatuto prevê que a pessoa com deficiência tem a possibilidade de exercer direitos familiares, reprodutivos e patrimoniais.

A Lei, entretanto, permite que a pessoa com deficiência, seja assistida pelos institutos da curatela ou tomada de decisão apoiada, dependendo da situação.

Para mais, o professor Atalá Correia destaca que:³⁰

Ao lado da curatela, passará a existir o processo de “tomada de decisão apoiada”, ou seja, “o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (artigo 1.783A do Código Civil, introduzido pelo EPD).

Assim, em síntese, a pessoa com deficiência que tenha qualquer dificuldade prática na condução de sua vida civil, poderá optar pela curatela, diante de incapacidade relativa, ou pelo procedimento de tomada de decisão apoiada.

Vale consignar, que esses institutos somente são válidos nas hipóteses de exercício de direitos de natureza patrimonial e negocial; não alcançando o direito ao voto ou participação na vida pública. Neste ponto, a finalidade é o direito a cidadania. Veja:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

(...)

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

A assistência as pessoas com deficiência, ressalta-se, tem caráter extraordinário, e não está associado a incapacidade absoluta. Nem se aplica para assegurar a capacidade política.

³⁰CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em junho de 2016.

Requião, explana:³¹

Diz textualmente a nova lei (artigo 84, parágrafo 3º) que a curatela deverá ser "proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível". Legisla-se assim a obrigatoriedade da aplicação de *tailored measures*, que levem em conta as circunstâncias de cada caso concreto, afastando a tão comum saída, utilizada até então de forma quase total, de simples decretação da incapacidade absoluta com a limitação integral da capacidade do sujeito[6]. A isto, aliás, conecta-se também a necessidade da exposição de motivos pelo magistrado, que agora terá, ainda mais, que justificar as razões pelas quais limita a capacidade do sujeito para a prática de certos atos.

Ademais, tornou-se lei também a determinação de que a curatela afeta apenas os aspectos patrimoniais, mantendo o portador de transtorno mental o controle sobre os aspectos existenciais da sua vida, a exemplo do "direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto", expressamente apontados no artigo 85, parágrafo 1º, do Estatuto.

Isto posto, surge dúvidas sobre aplicação da Lei na esfera eleitoral, pois em que medida a pessoa com deficiência mental que, até então, considerada absolutamente incapaz, poderá exercer sua capacidade de fato, por conseguinte, atos relacionados capacidade política, dado a ausência de cognoscibilidade e autodeterminação.

A dúvida permanece, pois o Estatuto buscou habilitar o exercício dos direitos políticos e da cidadania por todas as pessoas com deficiência. É o que se verifica pela leitura do artigo 76, que dispõe sobre direito à participação na vida pública e política dos deficientes:

CAPÍTULO IV

DO DIREITO À PARTICIPAÇÃO NA VIDA PÚBLICA E POLÍTICA

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

I - garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência;

II - incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

III - garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possuam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta Lei;

³¹REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Altera Regime da Incapacidade**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso em junho de 2016.

IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

§ 2º O poder público promoverá a participação da pessoa com deficiência, inclusive quando institucionalizada, na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades, observado o seguinte:

I - participação em organizações não governamentais relacionadas à vida pública e à política do País e em atividades e administração de partidos políticos;

II - formação de organizações para representar a pessoa com deficiência em todos os níveis;

III - participação da pessoa com deficiência em organizações que a representem.

A norma assegura de forma plena a participação pública no Estado pela pessoa com deficiência ao garantir o exercício dos direitos políticos, sem resquícios para restringir a cidadania.

Além disso, estabeleceu o preceito de que toda pessoa com deficiência, terá assegurado o direito de votar e de ser votada, tornando obrigatório o alistamento eleitoral para todas as pessoas com deficiência.

Nesse particular, surge novamente a indagação se o enunciando esvaziou a norma constitucional do artigo 15, inciso II da Constituição Federal, que pronuncia a suspensão dos direitos políticos por incapacidade absoluta.

Embora a Lei garanta o direito ao voto e tenha havido a revogação de parte substancial do artigo 3º do Código Civil, isso não mudou o fato de existirem pessoas com deficiência mental absolutamente incapazes de manifestação de vontade.

Neste sentido, observa o professor Correia:³²

É necessário reconhecer que a elogiosa iniciativa não muda a realidade biológica dos fatos. Hoje, centenas de pessoas são declaradas por peritos judiciais absolutamente incapazes, no sentido biológico, de compreender a realidade que as cercam e de manifestar vontade. A triste realidade das demências senis, que se torna mais frequente com o envelhecimento da população, é apenas um dos exemplos possíveis. A pessoa que se tornou

³²CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em junho de 2016.

deficiente por moléstia incurável e que não consegue sequer escrever seu nome não passará, após vigência da lei, a manifestar sua vontade.

Necessário, observar algumas peculiaridades do voto, nos termos do artigo 14 da Constituição Federal, que diz ser secreto e direto, inclusive cláusula pétrea.³³

Importante, elucidar que direto, significa exercício pessoal do voto, a princípio, outro obstáculo para as pessoas com deficiência mental.

Quanto a ser secreto, denota que somente eleitor poderá se identificar na lista de presença de votação e deverá entrar sozinho na cabine, não podendo receber auxílio de outra pessoa.

Desta lógica, é categórico que a pessoa com deficiência mental não possui condições para o sufrágio, ou seja a participação na esfera política do país, tão pouco votar, isto é cumprir sua escolha de eleitor.

É preciso lembrar que a Justiça Eleitoral no exercício da função normativa, tem adotado políticas de acessibilidade e aceitabilidade, por meio de resoluções que garantam a participação nas eleições. Porém, essas políticas são eficientes para as pessoas com deficiência motora ou que possuam um grau de deficiência mental que não prejudique a livre e autônoma manifestação de escolha.

Confira-se, a propósito, a Resolução TSE nº 23.381/2012, que se refere a barreiras físicas que possam obstar o exercício do direito de voto por deficientes. Nos termos da Resolução, deve a Justiça Eleitoral assegurar a segurança e autonomia dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação para as pessoas com deficiência e mobilidade reduzida.

A Resolução TSE nº 21.008/2002, que dispõe sobre o voto dos eleitores com deficiência, também trata de barreiras físicas, embora esteja em desacordo com o Estatuto, visto que discrimina as pessoas com deficiência, pois determina a criação de seções eleitorais especiais destinadas a eleitores com deficiência, o que é vedado no artigo 76, §1º, I do Estatuto, igualmente tem o escopo de garantir o acesso ao sufrágio.

³³Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

Ainda, há a Resolução TSE nº 23.218/2010, que permite que a pessoa com deficiência seja auxiliada por pessoa de sua confiança, inclusive autoriza o ingresso dessa segunda pessoa na cabine eleitoral para digitar os números na urna, o que a princípio configura afronta a norma constitucional, por ser o voto secreto e direto, contudo isso não é questionado.

Aplicado o entendimento destas resoluções para as pessoas com deficiência motora ou com pouco déficit, ainda, perdura a dúvida, como procederá a Justiça Eleitoral nas situações de pessoas com deficiência da mental.

Até o momento, a Justiça Eleitoral não editou resolução específica sobre a questão, relativa à capacidade de o deficiente mental manifestar vontade para os atos da vida civil e consequente legitimidade eleitoral.

Contudo, o processo administrativo Nº 114-71.2016.6.00.0000 - CLASSE 26 - SALVADOR – BAHIA,³⁴ com relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, fixou orientações às corregedorias e aos juízos sobre questionamentos, com a vigência do Estatuto sobre os registros eleitorais (ASE).

Os códigos de atualização da situação do eleitor (ASE) são utilizados para registrar as diversas situações nas quais o eleitor pode ser envolvido ou suas consequências jurídicas. Elucida-se que os registros de códigos de ASE são anotados no cadastro individual do eleitor formando seu histórico eleitoral.

Portanto, tendo em vista, que o alistamento eleitoral se tornou obrigatório para todos os cidadãos, não poderá constar nos registros anotações referentes à suspensão de direitos políticos, decorrente de incapacidade civil absoluta consagrada no inciso II do artigo 15 da Constituição. Igualmente, deverá o indivíduo proceder à regularização das inscrições em que o registro de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta, tenha sido feito antes da entrada em vigor do Estatuto, nos termos dos artigos 52 e 53, II da Resolução TSE nº 21.538/03.³⁵

³⁴Processo administrativo Nº 114-71.2016.6.00.0000. Disponível em:

<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@processrequest>. Acesso em junho de 2016.

³⁵Art. 52. A regularização de situação eleitoral de pessoa com restrição de direitos políticos somente será possível mediante comprovação de haver cessado o impedimento.

§ 1º Para regularização de inscrição envolvida em coincidência com outra de pessoa que perdeu ou está com seus direitos políticos suspensos, será necessária a comprovação de tratar-se de eleitor diverso.

Veja:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUESTIONAMENTOS. APLICABILIDADE. VIGÊNCIA. LEI N° 13.146, de 2015. ALTERAÇÃO. ART. 3° CÓDIGO CIVIL. INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA. SUSPENSÃO. DIREITOS POLÍTICOS. ART. 15, II, DA CONSTITUIÇÃO. ANOTAÇÃO. CADASTRO ELEITORAL. ANTERIORIDADE.

(...)

3. Esta Justiça especializada, na via administrativa, deve se abster de promover anotações de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta, ainda que decretada anteriormente à entrada em vigor da norma legal em referência, nos históricos dos respectivos eleitores no cadastro, de forma a se adequar aos novos parâmetros fixados.

4. Para regularização das inscrições em que o registro de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta tenha sido feito antes da entrada em vigor da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o eleitor deve cumprir as formalidades previstas nos arts. 52 e 53, II, a, da Res.-TSE n° 21.538, de 2003.

(...)

Porém, essa orientação gera situações contraditórias, como destacado pelo Ministro Dias Toffoli, pois haverá necessidade de comprovar que houve o levantamento por sentença da interdição, outro problema a ser resolvido.

De todo modo, observa-se que a manifestação do TSE limitou-se a fixar procedimento que deve ser seguido pela Justiça Eleitoral nos registros, nada tratando sobre a capacidade de manifestação da pessoa com deficiência mental.

Para esse problema, poderia ser cogitado, num primeiro momento, a extensão da curatela ou da tomada de decisão, porém esses institutos, como já citado, apenas são válidos para os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Elucida o professor Correia:³⁶

(...) o curatelado deve manifestar, conjuntamente com o curador, seus interesses, não podendo a vontade deste substituir a daquele. Contudo, se o

§ 2º Na hipótese do artigo, o interessado deverá preencher requerimento e instruir o pedido com declaração de situação de direitos políticos e documentação comprobatória de sua alegação.

§ 3º Comprovada a cessação do impedimento, será comandado o código FASE próprio e/ou inativado (s), quando for o caso, o (s) registro (s) correspondente (s) na base de perda e suspensão de direitos políticos.

Art. 53. São considerados documentos comprobatórios de reaquisição ou restabelecimento de direitos políticos: II - Nos casos de suspensão: a) para interditos ou condenados: sentença judicial, certidão do juízo competente ou outro documento; (...).

³⁶CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em junho de 2016.

interditado não detém qualquer possibilidade de manifestação de vontade, a nova legislação o colocou diante de um impasse: seu curador não pode representá-lo, pois ele não é absolutamente incapaz, e tampouco conseguirá praticar qualquer ato da vida civil, pois não conseguirá externar seus interesses para que alguém lhe assista.

Em síntese, mesmo que permitam um assistente para a pessoa com deficiência mental, esta não detém manifestação de vontade para participação na vida pública ou política.

Barros, promotor eleitoral prediz:³⁷

Como pela a nova disposição da curatela afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, o juiz ao decretar a interdição, deve o juiz ao proferir a sentença declarar expressamente a incapacidade eleitoral do interditado.

Neste caso, ressalta-se que o instituto de interdição foi abolido do ordenamento pelo Estatuto, porém é razoável pensar na possibilidade de decretação de incapacidade eleitoral, porém muito frágil a solução, e nada mais suscitou o promotor. Em relação a interdição, vale uma ponderação, a respeito Viegas cita Paulo Lôbo:³⁸

Não há que se falar mais de 'interdição', que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos (LOBO, 2015).

Rosenvald, também declara sobre a interdição:³⁹

A partir da vigência da Lei 13.146/2015, será abolido o vocábulo “interdição”. Ele remete a uma noção de curatela como medida restritiva de direitos e substitutiva da atuação da pessoa que não se concilia com a vocação promocional da curatela especial concebida pelo estatuto.

Pode oferecer subsídios para o enfrentamento da questão a experiência da Espanha, que também assinou Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, produzindo efeitos

³⁷BARROS, Francisco Dirceu. **A Suspensão dos Direitos Políticos, Crime de Estupro de Vulnerável e a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/04/20/a-suspensao-dos-direitos-politicos-o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-a-lei-brasileira-de-inclusao-da-pessoa-com-deficiencia/>. Acesso em junho de 2016.

³⁸VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **As Alterações da Teoria das Incapacidades, à Luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em <http://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/283317036/as-alteracoes-da-teoria-das-incapacidades-a-luz-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em junho de 2016. Apud LÔBO, 2015.

³⁹ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa conhecer sobre os Estatuto**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>. Acesso em junho de 2016.

no ordenamento interno, se obrigou a modificar as leis referentes a pessoas com deficiência, e assegurando a participação na vida pública, bem como a participação eleitoral.

O governo espanhol tem se adaptado à Convenção progressivamente e reconhecido o direito das pessoas com deficiência. A Espanha tem instituído novas leis no ordenamento, dentre as alterações está a obrigação de as pessoas com deficiência serem apoiadas por outras pessoas, configurando uma assistência, no caso espanhol espécie de curatela, ainda tem progressivamente substituído o procedimento de incapacidade por aquela espécie.

Neste aspecto, a Espanha semelhantemente ao Brasil, enfrenta dificuldades nos institutos referentes as capacidades da pessoas com deficiência, no caso *la capacidad de obrar y la capacidad jurídica*. A legislação protetiva sofre elogios e críticas.

Botelho, assim explana:⁴⁰

Parte de nuestra doctrina más cualificada coincide con la mayoría de organismos que representan a las personas con discapacidad al entender que el procedimiento de incapacitación español es una institución contraria al espíritu de la Convención, abogando por ello por su eliminación y sustitución por otro tipo de medidas de apoyo.

Apesar do esforço, a Espanha não solucionou o problema por completo, pois há dúvidas de como as pessoas com deficiências exercerão *la capacidad jurídica y la capacidad de obrar* em igualdade de condições com as demais pessoas. Diante disso, o poder legislativo tem trabalhado na elaboração de legislação que alcance a Convenção.

No Brasil, preocupação com o Estatuto é pouca, embora envolva todas as esferas de direito, e âmbitos na sociedade, ainda não se estabeleceu a preocupação com as pessoas com deficiência. Essa compreensão reflete na própria edição do Estatuto, mesmo sendo um avanço, principalmente no que diz respeito a evitar discriminações, o legislador não atentou para a vulnerabilidade desse grupo. Em um momento, promoveu a inclusão social da pessoa com deficiência, porém em outro momento a abandonou.

⁴⁰BOTELHO, Pedro. **La progresiva adaptación del conflictivo artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español**. The progressive adaptation of the conflictive article 12 of the UN Convention on the rights of persons with disabilities in Spanish legal system. Publicado Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 242-270, jan. / abr. 2016.

Neste sentido, a aplicação da Lei nº 13.146/2015 na esfera eleitoral, essencialmente no exercício da cidadania da pessoa com deficiência mental, parece inviável, posto a incoerência entre a norma e a prática.

Simão observa:⁴¹

II – Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, não poderá ser representado nem assistido, ou seja, deverá praticar pessoalmente os atos da vida civil. Mas há um problema prático: apesar de o Estatuto ter considerado tal pessoa capaz, na vida cotidiana tal pessoa não consegue exprimir sua vontade. Há pessoas que por fatores físicos são incapazes de manifestar sua vontade, mas passam a ser capazes por força da nova lei.

Assim indago: qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto? Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática.

Nesta perspectiva, a Organização Mundial da Saúde aconselha que os Estados, ao criarem normas que incidam sobre pessoa com deficiência mental, em especial, questões de participação nos atos da vida civil, devem ter objetivos efetivos, sobretudo observar o grau de capacidade da pessoa com deficiência, caso contrário deve ater-se a buscar outros meios de melhoria para a vida da pessoa com deficiência, como o acesso com qualidade à saúde.

Destarte, compreende que as normas devem ponderar sobre a capacidade das pessoas com deficiência mental, para que a sua inclusão seja realista e factível. Neste ponto, alerta que poucas têm capacidade para fazerem escolhas informadas e tomar decisões com relação as questões importantes que afetam suas vidas. Haja vista que as pessoas com transtornos mentais, possuem a capacidade de cognição prejudicada.⁴²

⁴¹SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência (parte 1)**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em junho de 2016.

⁴²FREEMAN, Melvyn; PATHARE; Soumitra. **Livro de Recursos da OMS sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação: cuidar sim, excluir não**. OMS, 2005, Pág.51.

Simão é enfático a respeito:⁴³

Se em termos gerais o Estatuto é positivo, inclusivo e merece nosso aplauso, em termos de direito civil temos problemas incontornáveis e atecniais seríssimas.

A solução é ignorar a mudança legislativa, sob pena de se concluir pelo desamparo total de parte da população e inviabilizar sua própria subsistência. Não é necessário que se invoque o princípio da dignidade da pessoa humana.

Basta o raciocínio lógico: a incapacidade existe para proteger o incapaz. A interpretação das regras é sempre garantir a integral ou maior proteção para quem dela necessita. Se estivermos diante de pessoa que não pode exprimir sua vontade, a incapacidade é absoluta por construção histórica e lógica.

Diante do exposto, é imperativo que a pessoa com deficiência mental tenha seus direitos assegurados, devendo ser tratada pelo Estado e pela sociedade com humanidade, e respeito a sua dignidade. Deve ser protegida de qualquer restrição ou distinção que resulte em prejuízo dos seus direitos, tendo em vista que depara-se com obstáculos desproporcionais, além de sofrer com a exclusão e o isolamento.

Porém, em decorrência de a pessoa com deficiência mental não possuir percepção ou compreensão para manifestação de vontades, é um equívoco a Lei nº 13.146/15 instituir a obrigação de votar, igualmente o direito à participação na vida pública, visto que o cerne do voto é possibilidade de declarar sua escolha.

Portanto, a Lei deve considerar a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência mental. Ressalta-se, entretanto que a pessoa com deficiência, somente deve ser afetada por limitações ou restrições aos direitos, quando realmente necessário, e para garantia de sua proteção.

CONCLUSÃO

O exercício dos direitos políticos garante a participação do cidadão nas decisões do Estado. Dessa maneira, se compreende que o exercício é concretizado por meio do sufrágio universal, voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular.

⁴³SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte 2) Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em junho de 2016.

O pleno exercício desses direitos contempla a capacidade eleitoral do cidadão, seja capacidade eleitoral ativa ou capacidade eleitoral passiva.

Há hipóteses em que o indivíduo não usufrui da legitimidade eleitoral, pois incorre sobre perda ou suspensão de direitos políticos, elencadas no artigo 15 da Constituição Federal, dentre as quais a incapacidade civil absoluta.

Por essa razão, a incapacidade civil absoluta é causa de impedimento para o alistamento eleitoral, não podendo o sujeito exercer os direitos políticos.

Com a vigência da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, parte expressiva do universo de pessoas que estavam no rol de absolutamente incapazes tornaram-se relativamente capazes, incidindo sobre elas, em princípio, a legitimidade eleitoral ativa.

A nova legislação foi um avanço ao reconhecer os direitos fundamentais de todas as pessoas com deficiência, revelando a busca pela defesa e a concretização da igualdade, sobretudo a proteção dos direitos humanos de pessoas com deficiência.

Porém, a norma não considerou o estado das faculdades biológicas ou psicológicas do indivíduo para exercício da capacidade política, suscitando dificuldades na esfera eleitoral, já que nos termos do artigo 76 da norma, o poder público deve garantir a pessoa com deficiência os direitos políticos. Decorre dessa norma, a questão de como o ordenamento lidará com as pessoas com deficiência mental, que não possuem independência ou autonomia para expressarem suas pretensões.

A lei nº 13.146/2015 formalmente garantiu a pessoa com deficiência mental a igualdade, porém não observou a possibilidade real de essas pessoas exercitarem os atos da vida civil e política. Ainda que almejasse a inclusão de todas as pessoas com deficiência mental, impõe-se considerar as limitações e a capacidade de manifestação de vontades.

Portanto, não é possível a aplicação do Estatuto para as pessoas com deficiência mental, devendo a Lei ser aplicada à luz da Constituição Federal, ou seja as pessoas com deficiência mental devem ser consideradas absolutamente incapazes, e ter seus direitos políticos suspensos. Visto que, o fato da Lei garantir o direito ao voto e ter revogado parte do artigo 3º do Código Civil, não muda o fato desse grupo não possuir cognoscibilidade e autodeterminação.

E em âmbito da saúde mental há circunstâncias em que é necessário aplicar limitações, até mesmo como forma de proteção.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. A Suspensão dos Direitos Políticos, Crime de Estupro de Vulnerável e a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/04/20/a-suspensao-dos-direitos-politicos-o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-a-lei-brasileira-de-inclusao-da-pessoa-com-deficiencia/>.

BOTELHO, Pedro. La progresiva adaptación del conflictivo artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. The progressive adaptation of the conflictive article 12 of the UN Convention on the rights of persons with disabilities in Spanish legal system. Publicado Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 242-270, jan. /abr. 2016.

CASTRO, Resende Castro de. Curso de Direito Eleitoral. 7ª ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Direito Eleitoral e Processo Eleitoral – Direito penal e direito político / Marcus Vinicius Furtado Coelho. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>.

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral. 9ª ed. revista atualizada e ampliada. Belo horizonte: Fórum, 2013.

FREEMAN, Melvyn; PATHARE; Soumitra. Livro de Recursos da OMS sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação: cuidar sim, excluir não. OMS, 2005.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral / José Jairo Gomes – 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral – 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Direito Eleitoral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, PAULO. Direito Civil: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. Direito Eleitoral. Leme, SP: Imperium Editora, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva; 2009.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume 1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência Altera Regime da Incapacidade. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>.

ROSEVALD, Nelson. Tudo que você precisa conhecer sobre os Estatuto. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-cao-perplexidade>.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. As Alterações da Teoria das Incapacidades, à Luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em <http://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/283317036/as-alteracoes-da-teoria-das-incapacidades-a-luz-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>.

A DIVERGÊNCIA ENTRE O TJDFE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL – E O TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO CRIME DE “PIRATARIA”

Fabíola Santos Messias

RESUMO

No presente trabalho busca-se analisar a aplicação do princípio da adequação social pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDFE e Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento do crime de pirataria, especificamente a conduta de expor e vender CDs e DVDs piratas. Diante do tema proposto, a divergência entre o TJDFE e o TJMG na aplicação do princípio da adequação social no crime de “pirataria”, origina-se uma inquietação, a qual pode ser traduzida na seguinte questão: em que medida o posicionamento do TJMG em aplicar o princípio da adequação social no crime de pirataria se amolda melhor à realidade social que o formalismo legal do TJDFE? Esse questionamento leva a uma possível hipótese: a aplicação do princípio da adequação social pelo TJMG para afastar a tipicidade da conduta de quem vende e expõe CDs e DVDs piratas se amolda melhor à realidade social. Entretanto, ao se realizar a pesquisa de campo, comparando-se a jurisprudência desses Tribunais, verificou-se que ambos possuem uma jurisprudência que põe de lado a aplicação deste princípio e não considera atípica a conduta supramencionada, assim, não se comprovou a hipótese proposta. Apesar da impossibilidade de se comprovar que a aceitação do princípio da adequação social pelo TJMG para afastar a tipicidade da conduta de quem vende e expõe CDs e DVDs piratas se adequa melhor à realidade social defende-se ao final a aceitação do princípio da adequação social, expondo alternativas diversas da criminalização da conduta, para combater tal prática.

Palavras-chave: Princípio da adequação social. Atipicidade da conduta de expor e vender CDs e DVDs “piratas”. Posicionamento do TJDFE e do TJMG. Realidade social.

ABSTRACT

In the present study seeks to analyze the application of the principle of social fairness by the Court of Justice of the Distrito Federal - TJDFE and Court of Minas Gerais in the murder trial of piracy, specifically the conduct of exhibiting and selling pirated CDs and DVDs. Before the proposed theme, the divergence between TJDFE and TJMG on the principle of social fairness in the crime of "piracy", stems from an uneasiness, which can be translated in the following question: to what extent the application of the principle of social adaptation by TJMG the crime of piracy should prevail the legal formalism of TJDFE? This question leads to a possible hypothesis: the principle of social adaptation by TJMG must prevail to ward off the typicality of the conduct of those who sell and exposes pirated CDs and DVDs. However, when conducting field research, comparing the jurisprudence of these Courts, it was found that both have a law that sets aside the application of this principle and does not consider unusual the

above-mentioned conduct thus not proved the hypothesis proposed. Despite the impossibility of proving that the acceptance of the principle of social fairness by TJMG must prevail to ward off the typicality of the conduct of those who sell and exposes pirated CDs and DVDs, it is argued to end the acceptance of the principle of social fairness, exposing several alternatives the criminalization of conduct to combat the practice.

Keywords: Principle of social adequacy. Atypical conduct to expose and sell fakes CDs, DVDs. Positioning TJDFT, and TJMG. Social reality.

INTRODUÇÃO

O fato do comércio de produtos “piratas” estar sempre em pauta nos noticiários e fazer parte do cotidiano das grandes e pequenas cidades, despertou o interesse em escrever o presente trabalho.

Sabe-se que a conduta de expor e vender mídias falsificadas se amolda formalmente a um tipo penal previsto do Código Penal brasileiro, entretanto, é inegável que o Estado muitas vezes deixa de coibir tal delito. E outras vezes, chega até a fomentar o comércio de produtos falsificados, ao regularizar e conceder uma aparência de legalidade a *shoppings* populares e feiras, que negociam esses produtos, de forma livre e às claras.

Diante desse fato social, de ocorrência nacional, inevitável se fazer um paralelo com o princípio da adequação social, o qual afirma que condutas proibidas sob a ameaça de uma sanção penal não podem abarcar aquelas consideradas adequadas pela sociedade, pois, diante disso, essas condutas deveriam ser consideradas atípicas.¹ Portanto, ao se realizar esse paralelo da realidade social com o instituto jurídico do princípio da adequação social, se mostra necessário averiguar o posicionamento dos tribunais, quanto à aplicação desse princípio ao crime de violação de direito autoral. Aqui, de modo específico se abordará a jurisprudência de dois tribunais, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pois, no âmbito de jurisdição de ambos, há polos comerciais populares de reconhecida relevância econômica para esses entes federados e legislação que disciplina *shoppings* populares e feiras com grande presença de produtos falsificados.

Dessa forma, o tema a ser abordado no presente trabalho é a divergência entre o TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal – e o TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais – na aplicação do princípio da adequação social no crime de “pirataria”, especificamente a conduta prevista no art. 184, § 2º, do Código de Penal², expor e vender CDs e DVDs piratas. Diante

¹ WELZEL, 1997 apud SILVEIRA, 2010, p. 24.

² BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

deste tema, verifica-se que de um lado há o formalismo legal do TJDFT, o qual aplica a letra fria da lei, sem analisar o contexto social do caso concreto e os princípios que gravitam em torno do caso, os quais deveriam ser considerados no julgamento, e de outro, a aplicação do princípio da adequação social em decisões do TJMG, para afastar a tipicidade da conduta mencionada a cima.

Verifica-se que desse tema, a divergência entre o TJDFT e o TJMG na aplicação do princípio da adequação social no crime de “pirataria”, origina-se uma inquietação, a qual pode ser traduzida na seguinte questão: em que medida o posicionamento do TJMG em aplicar o princípio da adequação social no crime de pirataria se amolda melhor à realidade social que o formalismo legal do TJDFT? Esse questionamento leva a uma possível hipótese: a aplicação do princípio da adequação social pelo TJMG para afastar a tipicidade da conduta de quem vende e expõe CDs e DVDs piratas se amolda melhor à realidade social. No intuito de responder a esses questionamentos, o presente trabalho analisará em seu capítulo I a limitação imposta ao exercício punitivo do Estado pelos princípios do Direito Penal, os quais estabelecem junto com a lei um parâmetro na aplicação de sanções penais, protegendo o indivíduo do livre arbítrio do Estado.

No capítulo II, se abordará o princípio da adequação social, analisando-se a evolução deste instituto ao longo dos anos e como ele interfere no Direito Penal, ao incluir a realidade social na hora de se aplicar a legislação repressiva.

Por sua vez, o capítulo III tratará acerca do posicionamento dos tribunais, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT e Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, na aplicação do princípio da adequação social no crime de pirataria de CDs e DVDs, levando em consideração a realidade social da localidade em que esses Tribunais se encontram.

Por fim, no capítulo IV, há um levantamento de dados a respeito da incidência de aplicação do princípio da adequação social nos acórdãos do TJMG e do TJDFT em relação aos recursos de apelação interpostos contra sentenças que analisaram a conduta prevista no art. 184, § 2º, do CP, (exposição e venda de mídias falsificadas). Esse levantamento foi feito nos sítios eletrônicos desses Tribunais, utilizando-se a busca livre avançada, no período de 01/01/2008 a 01/01/2010, com os seguintes termos: “princípio da adequação social art. 184 § 2º pirataria”.

Na construção deste trabalho utilizou-se a dogmática instrumental, com o uso da jurisprudência do TJDF e TJMG e abordagem de conceitos-chaves da doutrina, como o conceito de alguns princípios do Direito Penal, o princípio da adequação social e uma passagem acerca da teoria da tipicidade conglobante, no capítulo III. Ademais, por meio de uma pesquisa de campo, analisando as decisões de segundo grau desses tribunais, foi possível avaliar a aceitação do princípio da adequação social entre os Desembargadores do Distrito Federal e de Minas Gerais.

1 A LIMITAÇÃO IMPOSTA AO EXERCÍCIO PUNITIVO DO ESTADO PELOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

O direito de punir, *ius puniendi*, é um direito subjetivo do Estado³, este por ser o legítimo titular daquele tem o poder de decidir quais comportamentos serão considerados crimes, as sanções aplicáveis e se haverá a imposição dessas sanções quando houver o descumprimento das normas penais⁴. Mas, esse direito de punir no âmbito de um Estado Democrático de Direito possui vários limitadores, entre eles pode-se destacar a Constituição, as leis, os Tratados internacionais e os princípios, estes são normas jurídicas de caráter cogente e extraídos daqueles, principalmente da Constituição.⁵

Os princípios têm como função principal limitar a intervenção estatal nas liberdades individuais, e, segundo Paulo Bonavides: “os princípios enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, plenitude e abrangência”.⁶

A função dos princípios de limitar a intervenção estatal no âmbito das liberdades de cada indivíduo ganha ainda mais relevância dentro do Direito Penal, pois, aqui, a intervenção é mais grave, por afetar de forma direta uma grande quantidade de direitos fundamentais, como a liberdade, a intimidade e a vida privada. Portanto, extremamente necessário limitar a aplicação do Direito Penal, no intuito de se evitar ações dotadas de excesso de poder punitivo.

³ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal, Introdução e Princípios Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁴ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 295.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 colaborou imensamente para a proteção dos direitos e garantias individuais ao adotar expressamente alguns princípios do Direito Penal em seu art. 5º. Estão presentes na Constituição os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei penal e da humanidade.

O art. 5º, inciso XXXIX,⁷ da Constituição Federal traz o princípio da legalidade ao determinar que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Com isso, as normas incriminadoras e as suas sanções só podem ser instituídas por meio de lei, a qual será elaborada pela União, pois compete a esta legislar sobre Direito Penal, conforme art. 22, I,⁸ da Constituição Federal. O princípio da irretroatividade da lei penal está previsto igualmente no art. 5º da Lei Maior, inciso XL, *in verbis*: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Assim, a regra é a irretroatividade da lei penal, entretanto, se surgir uma lei nova que seja mais branda ou benéfica ao réu, esta retroagirá para alcançá-lo.

Por sua vez, o princípio da humanidade proíbe a aplicação de penas que possam ferir a dignidade da pessoa humana, esta pode ser traduzida como algo inerente à condição humana, irrenunciável e que deve ser respeitado por todos. Neste último ponto, o Estado não deve apenas respeitar, mas também, disponibilizar meios de proteção contra qualquer ação degradante ou desumana.⁹ Com intuito de preservar a dignidade humana, a Constituição traz em seu art. 5ª, incisos XLIX e XLVII, as seguintes garantias, respectivamente: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e “não haverá penas cruéis”¹⁰.

Há outros princípios que embora não expressamente previstos na Constituição possuem igual importância na proteção dos direitos individuais. Como o princípio da intervenção mínima, igualmente conhecido como *ultima ratio*, preconiza a utilização das medidas penais como última opção, quando medidas civis e administrativas forem insuficientes para protegerem um bem jurídico e manter a ordem social.¹¹ Essa proteção ao bem jurídico que justifica a intervenção do Direito Penal, não ocorre por qualquer bem jurídico, mas apenas bens jurídicos considerados importantes pelo ordenamento jurídico, o qual reflete, ou deveria refletir, a

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁸ Ibid.

⁹ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2015.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

valoração dada pela sociedade a determinado bem jurídico. Isto é conhecido no âmbito penal como princípio da fragmentariedade.

O princípio da fragmentariedade, como se pode perceber, está radicalmente ligado ao princípio da intervenção mínima, pois controla onde haverá a atuação do Direito Penal e se é realmente necessário a criminalização de determinada conduta humana.

No princípio da ofensividade parece haver a união entre os dois princípios supramencionados, pois, afirma que o Direito Penal só deve ser aplicado, quando houver um dano grave a um bem jurídico relevante do ponto de vista jurídico e social. Assim, vê-se aqui também a característica subsidiária do poder punitivo estatal.

A expressão em latim *nullum crime sine culpa* (não há crime sem culpa ou dolo) relaciona-se com uma das vertentes do princípio da culpabilidade. Este princípio possui duas vertentes, a primeira não permite a imposição de pena a quem agiu sem culpa ou dolo, não se reconhecendo a responsabilidade objetiva no direito penal. A segunda se traduz na determinação de que a pena deve estar de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta do agente (a culpabilidade é a medida da pena). Com isso, o juízo de culpabilidade da conduta orienta o aplicador da lei na hora de fundamentar e medir a pena a ser imposta ao réu.¹²

Igualmente na busca de se evitar excessos, encontra-se o princípio da proporcionalidade. Este deve ser observado, primeiramente, na fase legislativa, ao se editar uma lei que passa a considerar determinada conduta como típica, criminalizada, pois, com isso, automaticamente se restringe o campo de escolhas e liberdades do indivíduo. Diante disso, deve-se questionar se determinada lei é necessária, se não há outros meios de se atingir o objetivo almejado, meios menos gravosos. Portanto, deve existir um equilíbrio entre o grau de intervenção na esfera de direitos de um indivíduo e o resultado que o legislador pretende ao editar uma lei.¹³

O princípio da proporcionalidade também tem lugar na aplicação da uma pena adequada, essa adequação pode ser atingida utilizando-se a culpabilidade, mencionada em parágrafos anteriores, como medida da pena. Isso pode ser traduzido na seguinte afirmação: “um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências - crimes, vinganças e punições

¹² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal, Concursos e OAB**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

arbitrárias - que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar”.¹⁴

Entre os princípios em destaque na jurisprudência brasileira nos últimos anos, encontra-se o princípio da insignificância. Este exclui do âmbito da tipicidade material condutas com ínfima lesividade ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, assim, é o grau de lesividade que justifica ou não a intervenção do Direito Penal. Portanto, pode um determinado fato se amoldar na descrição típica de um ilícito, entretanto, ao se analisar o caso concreto, verifica-se que o injusto sofrido é mínimo, com gravidade insignificante. Isso ocasiona a exclusão da tipicidade material da conduta e a não punição do fato. Com isso, o princípio da insignificância restringe os tipos penais, pois apenas será típico e objeto de sanção, a conduta que ofender gravemente um bem jurídico protegido pela lei penal.¹⁵

Merecedor de uma maior atenção, por ser objeto principal de estudo do presente trabalho, o princípio da adequação social será tratado no tópico seguinte, no qual será analisado de forma pormenorizada.

2 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O instituto da adequação social foi criado por Hans Welzel em 1939, mas sofreu várias modificações com a evolução do pensar de seu criador. Inicialmente, a adequação social foi considerada uma teoria, como se verifica na passagem a seguir:

Dessa forma, como Welzel propõe, a adequação social acaba por se mostrar não como uma regra, mas como uma teoria que pretende fornecer os princípios para um juízo de valor que desempenhe uma dúplici função: uma negativa, limitando, em nome da ordem ético-social, as condutas enquadradas nos tipos penais, e outra positiva, como método geral de interpretação dos tipos penais à luz de uma ideia social.¹⁶

Entretanto, essa concepção mudou e Welzel, em sua última leitura sobre a adequação social, passou a defini-la como um princípio geral de interpretação, que complementa a ordem social.¹⁷

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁶ WELZEL, 1997 apud SILVEIRA, 2010, p. 111.

¹⁷ *Ibid.*, p. 114.

Sabe-se que o Direito Penal tem a missão de tutelar bens jurídicos que são vitais para o indivíduo e para a sociedade. Para Welzel a escolha dos bens jurídicos deve observar uma escala de valores da vida em sociedade e, com isso, será possível definir as ações que contrariam os valores ético-sociais fundamentais de uma determinada comunidade. Essas ações contrárias à ordem social, tidas como comportamentos desvaliosos, serão passíveis da incidência de consequências jurídico-penais, pois ultrapassam os limites da liberdade do indivíduo na vida comunitária.¹⁸

Como se percebe, o pensamento welzeliano busca a interação da lei penal com os valores da ordem social, assim, a adequação social veio para preencher o vazio existente entre a valoração jurídico-penal e a valoração ético-social, unindo-as para se chegar a um resultado que se aproxime do ideário social.

A tese inicial do princípio da adequação social tem como critério principal a valoração social da ação, assim, todas as condutas socialmente aceitas estariam fora do conceito de injusto.¹⁹ Pois, o injusto deve refletir apenas as ações fora da ordem moral da vida social ativa, assim, deve-se interpretar o injusto sempre por meio de uma perspectiva das regras sociais. Com isso, as condutas que se encontram de acordo com o marco das ordens sociais nunca podem estar compreendidas dentro dos tipos de delito.²⁰

Percebe-se que o princípio da adequação social tem como função restringir a intervenção penal em determinados casos, os quais, mesmo atingindo bens jurídicos protegidos pela lei, não implicam em uma aversão social que justifique a incidência da reprovação penal.²¹ Mas a falta de reprovação social da conduta não significa que essa seja exemplar ou sirva de modelo de um ponto de vista ético ou moral, a única exigência é que tal conduta esteja inserida na pauta de comportamento do socialmente tolerado. Com isso, esse princípio permite que os valores vigentes na sociedade possam ser reproduzidos no âmbito jurídico, permitindo que a

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

²⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal, Parte General**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. Por eso, se debe comprender también el carácter de lo injusto, siempre y solamente a través de una referencia a los órdenes Morales de la vida social activa. Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito. p. 63. (Tradução nossa).

²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

interpretação do Direito Penal a ser aplicado no caso concreto seja atual e adequada à realidade vigente.²²

Como mencionado à cima, o pensamento de Welzel acerca do princípio da adequação social passou por uma evolução ao longo dos anos. Inicialmente, sustentava que a adequação social estava relacionada com o tipo penal, ou seja, considerava atípicas as ações que, apesar de formalmente subsumíveis aos tipos, continuavam integradas ao agir da vida comunitária, dessa forma, não eram objeto de reprovação social, em um certo período histórico.²³

Entretanto, em uma segunda fase de seu pensamento, passou a considerar a adequação social não mais como uma excludente do tipo penal, mas sim, como uma excludente da antijuridicidade. Dessa forma, as condutas socialmente adequadas seriam típicas, porém justificadas, por ser a adequação social uma causa de justificação consuetudinária.²⁴ Portanto, como pontuou Welzel, a adequação social não deixa surgir a antijuridicidade de uma conduta considerada normal pelo ponto de vista social. Assim, a conduta que se subsume ao tipo e é em princípio antijurídica, não o será, pois, essa será justificada por uma situação especial de exceção, que é a adequação da conduta aos costumes da sociedade.²⁵

Essa colocação da adequação social no âmbito da antijuridicidade originou algumas críticas ao trabalho de Welzel, o que o fez repensar sua colocação e retornar o princípio da adequação social para o seu lugar de origem, ou seja, voltou a ser um elemento de exclusão do tipo penal. Pode se constatar essa mudança na seguinte passagem:

A ação socialmente adequada está desde de logo excluída do tipo, porque se realiza no âmbito de normalidade social, por outro lado, ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, malgrado socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica.²⁶

Portanto, o princípio da adequação social passou em definitivo a ser uma excludente de tipicidade. A atipicidade gerada ao se aplicar o princípio da adequação social à análise de um

²² REIS, André Wagner Melgaço. O princípio da adequação social no Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 7, n. 27, p. 217-223, out/dez 2007.

²³ *Ibid.*, p. 218.

²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

²⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal, Parte General**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

²⁶ REIS, André Wagner Melgaço. O princípio da adequação social no Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 7, n. 27, p. 217-223, out/dez 2007. p. 219.

determinado fato, quando examinada em conjunto com a teoria constitucionalista do delito, pode ser melhor entendida.

A teoria constitucionalista do delito afirma que a tipicidade penal possui três dimensões a tipicidade formal, tipicidade material e dolo ou culpa. Importante analisar as duas primeiras dimensões, tipicidade formal e tipicidade material, para posteriormente se fazer uma ligação com o princípio da adequação social.²⁷

A tipicidade formal é a adequação de um fato a uma lei penal, ou seja, subsunção do fato a todas as exigências da letra da lei. A segunda dimensão da tipicidade penal, tipicidade material, é composta pelo juízo de valoração da conduta e juízo de valoração do resultado jurídico, requisitos externos à descrição típica.²⁸ No juízo de valoração da conduta se verifica se a conduta criou ou não um risco proibido relevante, e após, se observa se há uma desaprovação da conduta, ou seja, “se o risco criado é permitido ou tolerado ou aceito ou juridicamente não desvalorado”.²⁹ Já no juízo de valoração do resultado jurídico é preciso se observar a presença de seis requisitos, para que o resultado jurídico seja considerado desvalioso e o agente possa ser responsabilizado penalmente, os quais são: resultado jurídico concreto ou real, relevante, transcendental (afeta bens jurídicos de terceiros), intolerável, objetivamente imputável ao risco criado ou incrementado e presente na área de tutela da norma penal.³⁰

Ao se analisar a teoria constitucional do delito concomitantemente com o princípio da adequação social, que determina que uma norma deva ser interpretada tendo como referencial a sociedade, percebe-se que esse princípio não permite que se complete o juízo de tipicidade material. Porquanto, ao se examinar o juízo de valoração da conduta e o juízo de valoração do resultado da tipicidade material, não há um dano valorado negativamente pela sociedade, portanto, não há o desvalor da conduta, nem do resultado.³¹

Quando a conduta é socialmente aceita fica afastada sua desaprovação, porque se trata de conduta que cria risco tolerado, aceito. Quando o resultado é

²⁷ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

²⁸ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

²⁹ Ibid., p. 228.

³⁰ Ibid., p. 229.

³¹ Ibid., p. 362.

socialmente adequado, fica afastado o requisito da ofensa intolerável, não há desaprovação do resultado.³²

Portanto, as condutas socialmente adequadas são formalmente típicas, pois há a subsunção do fato à lei penal, mas não são típicas em sentido material, pois o resultado danoso que elas produzem não é inadequado do ponto de vista social, a ofensa ao bem jurídico não é valorada de forma negativa. Assim, ao não se ultrapassar a segunda dimensão da tipicidade, a tipicidade material, não se completa o juízo de tipicidade, sendo a conduta atípica.

3 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NOS CRIMES DE PIRATARIA DE CDS E DVDS

Neste tópico será analisado o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, em segunda instância, na aplicação do princípio da adequação social nos crimes de “pirataria”, especificamente a conduta de expor e vender CDs e DVDs piratas, prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal – CP.³³

O delito conhecido popularmente como crime de pirataria encontra-se previsto no art. 184 do Código Penal como violação de direito autoral.³⁴ Este é um crime que possui como bem juridicamente protegido a propriedade intelectual e tem a obra literária, artística ou científica como objeto material do delito.³⁵ Como mencionado no parágrafo anterior se abordará este delito de forma mais restrita, atendo-se à conduta de expor e vender mídias audiovisuais contrafeitas, que é modalidade qualificada do crime de violação de direitos autorais, prevista no § 2º, do art. 184, do CP.³⁶

A conduta de expor e vender mídias audiovisuais piratas, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente, encontra-se incluída na modalidade qualificada

³² BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 364.

³³ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

³⁴ “Direito autoral consiste nos benefícios, vantagens, prerrogativas e direitos patrimoniais, morais e econômicos provenientes de criação artísticas, científicas, literárias e profissionais de seu criador, inventor ou autor”. (Tratado de Direito Penal, Parte Especial, dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

³⁵ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

³⁶ Ibid.

do crime devido à finalidade lucrativa da ação³⁷, isso faz com que a pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano do caput do art. 184 do CP seja majorada para reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos no §2º do artigo mencionado.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT se apega ao formalismo legal e vem afastando de forma unânime em seus acórdãos a aplicação do princípio da adequação social no crime de pirataria. Segundo o entendimento deste Tribunal, o qual é unânime, a prática difundida de venda e exposição de CDs e DVDs falsificados e a tolerância, e até mesmo a aceitação, de uma grande parte da sociedade quanto a esta prática, não podem afastar a incidência do art. 184, § 2º, do CPP.³⁸ Porquanto, a venda desses produtos falsificados causa prejuízos a uma cadeia de pessoas, que teriam ganho com os direitos autorais, e ao Fisco, que deixa de arrecadar tributos. Além disso, afirma que o direito autoral está inserido no rol das garantias constitucionais do art. 5º, inciso XXVII, da atual Constituição Brasileira,³⁹ assim, diante de tal proteção, deve se considerar a conduta mencionada como típica, pelo menos até que haja uma modificação legislativa. Esse entendimento unânime do egrégio Tribunal pode ser confirmado, a título de exemplo, na ementa a seguir:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXPOSIÇÃO, VENDA E LOCAÇÃO DE CDs E DVDs FALSIFICADOS. CONFISSÃO DO RÉU. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. PROVA CONTUNDENTE DA AUTORIA E MATERIALIDADE.

1 O réu foi acusado de infringir o artigo 184, § 2º, do Código Penal por Alugar e expor à venda nas prateleiras da sua vide locadora cópias falsificadas de obras cinematográficas e musicais reproduzidos ilicitamente com violação do direito do autor. A materialidade e autoria do crime estão comprovadas pela apreensão dos produtos "pirateados" e no laudo pericial, corroborados pelas provas orais, inclusive a confissão do réu.

2 A teoria da adequação social procura solucionar conflitos entre a lei e as ações humanas toleradas na vida comunitária, postulando a não incriminação de condutas as quais, mesmo se ajustando à tipicidade normativa, não implicam ofensividade social. O fato de existir em cada esquina um vendedor de produtos falsificados e um consumidor ávido por pagar menos para assistir filmes ou ouvir músicas não afasta a nocividade extrema dessa atividade parasitária, que frustra o pagamento de impostos e a justa remuneração do criador da obra, acarretando efeitos nefastos à economia e ao desenvolvimento do País.

3 Apelação desprovida.⁴⁰

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Especial, dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁸ Ibid.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n. 401052, da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, apelante: Urlei de Sousa Linhares, apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, relator: Exmo. Sr. Des. George Lopes Leite. Brasília, DF, 12 de novembro de 2009.

A escolha das jurisprudências do TJDFT e do TJMG se mostram interessante ao presente trabalho, pois há tanto no Distrito Federal como em Minas Gerais importantes polos comerciais, Feira dos Importados e Shopping Oiapoque, respectivamente, nos quais sabe-se que a venda e exposição de CDs e DVDs piratas ocorre em geral de forma livre, a qualquer hora do dia. Além disso, diante da importância destes polos comerciais para a economia destes entes federados, criou-se o Decreto Distrital nº 28.535,⁴¹ que entrou em vigor em 12 de dezembro de 2007, o qual disciplina a organização e o funcionamento das feiras e *shoppings* feiras no Distrito Federal, e o Decreto nº 11.424, em 22 de agosto de 2003, que disciplinou a criação de *shoppings* populares em Belo Horizonte.

A situação desses polos comerciais populares se coaduna com a tipicidade conglobante, teoria criada por Eugenio Raúl Zaffaroni e que auxilia na correção da tipicidade legal. Nas palavras do criador da tipicidade conglobante:

O juízo de tipicidade não é apenas um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.⁴²

Esta teoria afirma que apesar de existir uma tipicidade legal, pode ocorrer a atipicidade conglobante, quando uma norma proíbe o que outra norma ordena ou incentiva⁴³. Isto se aplica ao caso supramencionado, pois, de um lado há um polo comercial popular, onde há a venda e exposição de mídias audiovisuais falsificadas, em geral de forma aberta e livre, com um decreto que fomenta esta atividade, e do outro o Código Penal, que no seu artigo 184, § 2º,⁴⁴ capitula como crime a conduta de vender e expor à venda produtos que violem os direitos autorais.

Como pontuado anteriormente, a jurisprudência do TJDFT nega de forma unânime em seus acórdãos a aplicação do princípio da adequação social, já no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, há algumas decisões aplicando o princípio da adequação social. Isto se deve à uma interpretação que considera desnecessária a censura do Direito Penal na venda e exposição de mídias audiovisuais falsificados, por se tratar de uma conduta socialmente aceita

⁴¹ DISTRITO FEDERAL. Decreto n.28.535, de 12 de dezembro de 2007. Disciplina a organização e o funcionamento das feiras e shoppings feiras no âmbito do Distrito Federal. Brasília, DF, 2007.

⁴² PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 413.

⁴³ *Ibid.*, p. 495.

⁴⁴ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

e, portanto, materialmente atípica. Para corroborar essa afirmação, vale a pena colacionar parte da fundamentação do Desembargador Fernando Starling, que utilizou o princípio como um dos fundamentos para absolver o réu do crime previsto no art. 184, §2º do Código Penal,⁴⁵ *in verbis*:

O princípio da adequação social, por sua vez, surgiu como uma regra de hermenêutica, ou seja, possibilita a exclusão de condutas que, embora se amoldem formalmente a um tipo penal (tipicidade formal), não mais são objeto de reprovação social, eis que se tornaram socialmente aceitas e adequadas. Esse princípio possui uma dupla função: restringe o âmbito de aplicação do direito penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade; orienta o legislador na eleição das condutas que se deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes, seja incluindo novas condutas, seja excluindo condutas não mais inadequadas à convivência em sociedade. Observando a conduta do réu aos fatos sociais alhures descritos, entendo ser inaplicável as sanções previstas no artigo 184, §1º, do Código Penal. A pena privativa de liberdade fixada pelo magistrado em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa mostra-se desproporcional entre a gravidade da ação e a penalidade a ser imposta. Diante do exposto e de tudo mais que dos autos consta, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para absolver o apelante com fulcro no art. 386, III, do CPP.⁴⁶

A decisão do Desembargador, ao utilizar o princípio da adequação social como causa supralegal de exclusão da tipicidade, considerou fatores sociais, ou seja, elementos extra normativos, quando interpretou a lei. Porquanto, como é inerente ao princípio mencionado, a tipicidade passa a exigir que a ofensa seja intolerável, assim, quando o resultado jurídico é amplamente aceito, deve-se afastar a criminalização da conduta e a aplicação da pena. Ainda, para ratificar o posicionamento do Desembargador, importante pontuar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro consignou em seu art. 5º o seguinte: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁴⁷ Portanto, o jurista ao interpretar e aplicar a lei não pode se furtar a decidir de acordo com o contexto social e a tabela de valoração de condutas do seu tempo.⁴⁸

Ante a decisão colacionada acima, percebe-se a necessidade de o sistema jurídico ser aberto, para que não impeça o desenvolvimento social e jurídico. Mas para que o sistema possa ser

⁴⁵ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação 1.0702.07.368386-5/001, da 4ª Câmara Criminal, apelante: Wesley Carneiro de Freitas, apelado: Ministério Público do Estado de Minas, relator: Exmo. Sr. Desembargador Fernando Starling. Belo Horizonte, MG, 23 de setembro de 2009.

⁴⁷ BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, 4 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, RJ, 1942.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

maleável, precisa de elementos elásticos, e o princípio da adequação social proporciona esta elasticidade. Porquanto, o normativismo fechado, sem considerar a realidade social, pode levar a um grau insuportável de injustiça e a um descolamento entre a realidade e a lei. Dessa forma, uma consideração de justiça sob o prisma social pode afastar, em nome do justo, algumas imputações penais.

A aplicação da lei não mais de forma literal, mas sim considerando a convicção social e até mesmo a análise do que é justo ou injusto, não faz com que a adequação social, ao excluir determinada conduta do âmbito típico, substitua o ordenamento jurídico, levando a uma insegurança jurídica. Ao contrário, ao invés de se contrapor à lei, ela complementa o ordenamento, pois, o juízo de valor de uma norma não advém da lei em abstrato, mas sim, de um contexto de valores da sociedade, em um determinado momento histórico, que serão analisados pelos operadores do Direito.⁴⁹

Ao se aplicar o princípio da adequação social para se afastar a tipicidade do crime de venda e exposição de CDs e DVDs “piratas”, está se analisando não só a aceitação social da conduta, mas também a situação de quem vende o produto. Assim, leva-se em consideração a situação econômica e social de quem pratica essa atividade, a qual serve como forma de complementar a renda familiar de alguns indivíduos, ou até mesmo, em época de grandes índices de desemprego, como única fonte de renda. Ademais, essa aceitação social, pode advir de uma identificação entre quem compra e vende esses produtos. Pois, em geral, quem compra mídias falsificadas o faz por não ter condições de comprar o produto original sem que prejudique a aquisição de produtos de primeira necessidade do dia a dia. E quem vende os CDS e DVDs piratas, em sua maioria, o faz por necessitar daquela renda para cobrir as necessidades básicas diárias.

A situação exposta a cima, de recusa unânime na aplicação do princípio da adequação social nos acórdãos do TJDFT e uma certa aceitação na aplicação do princípio em alguns acórdãos do TJMG, será analisada de maneira detalhada no tópico seguinte.

4 LEVANTAMENTO DA INCIDÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NOS ACÓRDÃOS DO TJMG E DO TJDFT EM RELAÇÃO AO CRIME DE EXPOSIÇÃO E VENDA DE MÍDIAS FALSIFICADAS

⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Para o levantamento da incidência de aplicação do princípio da adequação social nos acórdãos do TJMG e do TJDF, no crime capitulado no art. 184, § 2º, do CP,⁵⁰ descrito como venda e exposição de obras audiovisuais e videofonográficas falsificadas, foram analisados os recursos de apelação que tinham como tese a aplicação do princípio da adequação social. Esse levantamento, como já especificado na introdução, foi feito nos sítios eletrônicos desses Tribunais no campo de busca avançada, restringindo o período de pesquisa aos julgamentos realizados entre 01/01/2008 a 01/01/2010. A escolha desse interstício de tempo se deve ao fato de que já estavam em vigor os decretos que disciplinavam os polos comerciais populares, como feiras e *shoppings* do povo, tanto no Distrito Federal (entrada em vigor em 12 de dezembro de 2007) como em Minas Gerais (entrada em vigor em 22 de agosto de 2003). Com isso, é possível analisar o posicionamento jurisprudencial dos dois Tribunais, havendo uma legislação que apoia e fomenta a conduta que é proibida pelo art. 184, § 2º, do CP, pois se tornou necessário disciplinar essa atividade que é exercida não só nesses dois entes federados, mas no país inteiro.

Da análise dessas decisões no âmbito do TJMG, verifica-se que do universo de 32 (trinta e duas) apelações⁵¹ interpostas contra decisões de primeiro grau que analisaram a prática da conduta prevista no art. 184, § 2º, do CP, 25 (vinte e cinco) tiveram como resultado a não aplicação da adequação social, e 7 (sete) aceitaram a aplicação do princípio. Entretanto, dos 25 (vinte e cinco) acórdãos que não aceitaram o instituto da adequação social, apenas 8 (oito) foram julgados de forma unânime, ou seja, houve consenso entre os três Desembargadores ao votarem. Dessa forma, houve 17 acórdãos que tinham um voto vencido no sentido de aplicar a adequação social e absolver o réu, afirmando ser a conduta desprovida de tipicidade, ou em outras palavras, afastando a incidência da conduta típica do art. 184, § 2º, do CP.⁵² Essa situação pode ser melhor visualizada nos gráficos a seguir:

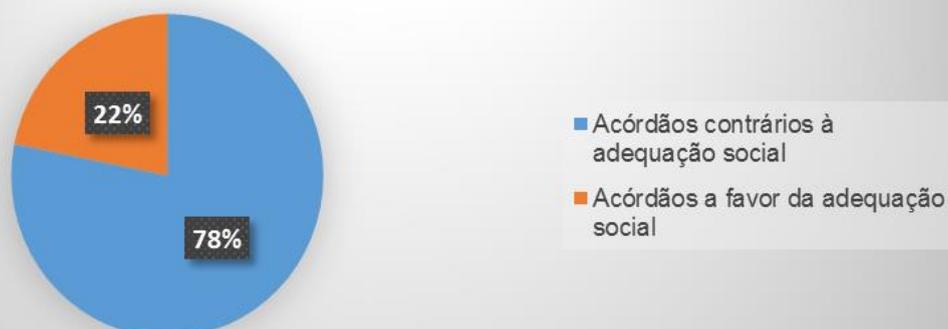
GRÁFICOS

⁵⁰ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

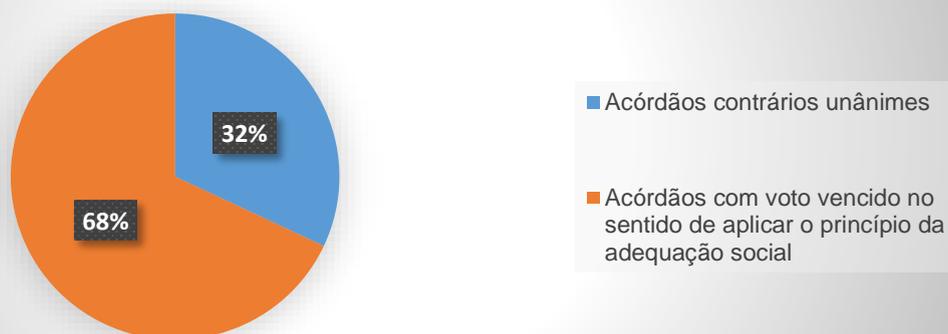
⁵¹ Número de referência das apelações segundo o sítio eletrônico do TJMG: 1.0024.07.407196-0/001, 1.0702.07.368386-5/001, 1.0604.08.010468-9/001, 1.0470.08.047272-8/001, 1.0470.08.049360-9/001, 1.0145.06.299034-9/001, 1.0079.05.225465-7/001, 1.0223.06.202464-9/001, 1.0476.08.006781-4/001, 1.0080.05.001506-6/001, 1.0024.07.461613-7/001, 1.0223.06.186407-8/001, 1.0342.05.064270-7/001, 1.0713.07.073855-2/001, 1.0569.05.004330-0/001, 1.0431.06.031957-8/001, 1.0261.06.038307-0/001, 1.0685.07.003798-9/001, 1.0024.04.371019-3/001, 1.0525.07.122646-4/001, 1.0024.06.069874-3/001, 1.0685.07.003796-3/001, 1.0074.05.027279-3/001, 1.0471.05.055955-1/001, 1.0239.06.005873-6/001, 1.0079.05.190906-1/001, 1.0024.05.656543-5/001, 1.0024.05.818835-0/001, 1.0024.04.355998-8/001, 1.0024.04.191423-5/001, 1.0024.05.812249-0/001, 1.0459.05.023524-9/001.

⁵² BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

Aplicação do princípio da adequação social em sede de apelação no TJMG



Acórdãos contrários à adequação social com voto vencido no sentido de aplicar o princípio



Ainda, examinando-se de forma mais detalhada as apelações favoráveis à aplicação da adequação social, percebe-se que a maioria precisou reformar a sentença de condenação para absolver o réu, utilizando-se o princípio da adequação social como fundamentação. Pois dos 7 (sete) acórdãos favoráveis ao princípio, 5 (cinco) reformaram a decisão de primeiro grau e apenas 2 (dois) mantiveram a decisão para manter a adequação social como fundamento para absolver o agente.

O resultado dessa mesma pesquisa no âmbito do TJDFT foi que no universo de 10 (dez) apelações⁵³ interpostas contra decisões de primeiro grau que analisaram a prática da conduta prevista no art. 184, § 2º, do CP,⁵⁴ todas tiveram como resultado a não aplicação do princípio

⁵³ Número de referência dos acórdãos que julgaram as apelações: n.400452, n.401052, n.391155, n.384554, n.372542, n.367248, n.359269, n.357750, n.355625, n.344595.

⁵⁴ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

da adequação social e de forma unânime, ou seja, não houve nenhum voto divergente a favor da aplicação do princípio. E ao se analisar minuciosamente estas decisões, verifica-se que dos 10 (dez) acórdãos que não aceitaram a aplicação da adequação social 9 (nove) não deram provimento ao recurso para manter a condenação do réu e apenas 1 (um) acórdão foi no sentido reformar a sentença de absolvição que utilizou a adequação social como fundamento (acórdão n. 372542). Portanto, a aversão à adequação social, como elemento que leva à atipicidade da conduta e serve de fundamento para a absolvição, ocorre tanto na primeira como na segunda instância do Tribunal. Pode-se observar melhor essa conjuntura no gráfico seguinte:



Percebe-se, portanto, a posição legalista do TJDF, o que é perfeitamente compreensível, pois no campo do Direito, principalmente, no Direito Penal, a lei proporciona a segurança necessária no Estado democrático de direito. Entretanto, não se pode esquecer que a legislação tem a função precípua, ainda mais na área penalista, de servir como um parâmetro limitador da atuação criminalizante estatal. Portanto, institutos de não imputação, como a adequação social, devem ser considerados para garantir que a aplicação e a interpretação da lei não sejam algo meramente mecânico, mas que levem em consideração a falta de aversão social e os valores de uma comunidade, pois são sobre esses elementos que a legislação deve pautar sua atuação.⁵⁵

A negativa unânime quanto à aplicação do princípio da adequação social, pelo menos na amostragem aqui analisada, no âmbito da segunda instância, no TJDF, e a aceitação do princípio por uma porcentagem pequena do TJMG, não se coadunam com a realidade de comercialização quase livre de mídias falsificadas nas ruas e feiras do Distrito Federal e de

⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Minas Gerais. Ademais, está se condenando pessoas que têm na pirataria uma fonte de renda, isso ocorre por falta de vagas ou capacidade técnica para exercer atividades regularizadas, fora do âmbito do subemprego. Diante desta realidade, mostra-se imprescindível que o jurista ao interpretar a legislação avalie também o elemento sociológico do caso concreto. Essa avaliação deve considerar a situação do agente e a aceitação da sociedade quanto à conduta realizada, pois o Direito Penal, como *ultima ratio*, deve se ocupar apenas com ações que geram ofensas intoleráveis e resultado relevante, o que não ocorre no crime de exposição e venda de mídias falsificadas, conforme os ditames da adequação social.

Em relação à afirmação a cima, que não considera existir resultado relevante na conduta de expor e vender CDS e DVDs falsificados, pode-se questionar que para a indústria fonográfica e audiovisual, os artistas e o Fisco há sim um resultado relevante, o que foi exposto nos acórdãos dos Tribunais para afastarem a incidência da adequação social, pois têm grandes prejuízos com a comercialização de produtos contrafeitos. Entretanto, a conduta em análise não traz grandes prejuízos a essas pessoas, pois o agente, por estar no fim da cadeia do sistema de falsificação de produtos, não é alcançado e nem usufrui dos lucros vultosos do crime de pirataria. Portanto, o resultado relevante que o Direito Penal busca punir é causado por quem está no início da cadeia da pirataria, e não pelo agente que se encontra no final dela.

A ausência de critério de distinção no art. 184, § 2º, do CP,⁵⁶ entre quem distribui ou introduz no país produtos falsificados, início da cadeia onde o montante de lucro auferido é grande, e quem expõe e vende esses produtos nas ruas e nas feiras populares, leva à uma inadequação da norma e viola o princípio da proporcionalidade. Pois, não é razoável imputar a mesma pena para condutas que causam consequências e afetam a sociedade de maneiras totalmente distintas. Assim, uma das formas de se corrigir tal distorção é utilizar o princípio da adequação social na interpretação da lei, ao se julgar o agente que comete a ação prevista no art. 184, § 2º, do CP, e incorporar o elemento sociológico nos julgados.

Sabe-se que um dos objetivos de se criminalizar determinada conduta é garantir uma convivência pacífica entre os indivíduos, e é por isso que os cidadãos entregam ao Estado o direito de punir. Mas, a partir do momento que esses próprios cidadãos aceitam e toleram uma conduta, ou seja, não há uma afetação na convivência pacífica da sociedade, não há motivo para se punir na seara penal essa ação, como é o caso da exposição e venda de mídias falsificadas.

⁵⁶ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

Mesmo porque a sanção penal só é necessária quando outros meios, como o Direito Civil, a proibição do Direito Administrativo ou medidas preventivas fora do âmbito jurídico, não forem suficientes para alcançar o mesmo efeito protetivo.⁵⁷

Ademais, é incontestável que a repressão à conduta do art. 184, § 2º, do CP, por meio da legislação penal vem se mostrando ineficiente, pois é notória a expansão do comércio de mídias falsificadas. Com isso, percebe-se que a validade real de uma lei se afere por meio da aceitação e aplicação dela na sociedade. Como se diz popularmente: “tem lei que pega e tem lei que não pega”, essa proibição penal de exposição e venda de CDs e DVDs piratas “não pegou”, pois se afasta dos fatos sociais dos cidadãos brasileiros. Além disso, não se garante a paz e a segurança social apenas com uma técnica legislativa, por mais excepcional que ela seja, se não houver a avaliação de elementos que extrapolam o monopólio da lei.⁵⁸

CONCLUSÃO

Pretendia-se com o presente trabalho demonstrar a divergência entre o posicionamento do TJMG e do TJDF na aplicação do princípio da adequação social, ao se julgar a conduta de violação de direitos autorais, prevista do art. 184, § 2º, do CP, especificamente a exposição e venda de CDs e DVDs “piratas”, e ao fim, demonstrar que o posicionamento do TJMG em aplicar o princípio se amolda melhor à realidade social. Entretanto, ao se realizar a pesquisa de campo, comparando-se a jurisprudência desses Tribunais, verificou-se que ambos possuem uma jurisprudência que põe de lado a aplicação deste princípio e não considera atípica a conduta supramencionada, assim, não se comprovou a hipótese proposta.

Todavia, ao se analisar de maneira aprofundada o julgamento dos recursos de apelação que tinham como tese a aplicação da adequação social, fica evidente que o TJMG possui uma abertura para discutir a aplicação do instituto, pois, na maior parte dos acórdãos com resultado final contrário aos ditames da adequação social (68%), havia um voto vencido no sentido de aplicar o princípio da adequação social para afastar a tipicidade da conduta e absolver o agente do crime de exposição e venda de mídias falsificadas. Ainda, havia um percentual pequeno dos acórdãos (22%), que aceitava a incidência da adequação social, afirmando não encontrar no

⁵⁷ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Tradução de Luís Greco. **Revista Jurídica**, ano 52, n. 317, março, 2004.

⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

caso concreto conduta penalmente relevante, e assim, absolver o réu, por considerar a ação atípica, tendo em vista a aceitação desta pela sociedade em geral.

Ao se examinar os julgamentos do TJDFR em sede de apelação, observa-se não haver se quer uma abertura para discussão acerca da aplicação do princípio da adequação social. Diferentemente do TJMG, o posicionamento na segunda instância do TJDFR mostra-se unânime em não aceitar a adequação social e manter a conduta de exposição e venda de CDs e DVDs “piratas” como conduta típica e censurável com a sanção prevista no Código Penal.

Por não ser a aplicação do princípio da adequação social posição pacificada na jurisprudência do TJMG, não se pôde comprovar que a aceitação do princípio por esse Tribunal com intuito de afastar a tipicidade da conduta de quem vende e expõe CDs e DVDs piratas se amolda melhor à realidade social, pois, havia uma parte apenas dos juristas a favor da adequação social. Apesar disso, acredito ser necessária uma maior aplicação e aceitação desse instituto criado por Hans Welzel.

Porquanto, conforme já explicitado no presente trabalho, o fato da conduta de expor e vender CDs e DVDs falsificados ser considerada adequada e aceita por grande parte da sociedade deve ser levado em consideração ao se julgar o caso concreto. Pois, a interpretação e aplicação da lei não deve se tratar apenas da subsunção do fato à norma, mas deve se pautar também na visão da sociedade sobre aquele fato, na realidade social de determinados indivíduos, pois, do contrário, essa lei será ignorada pelos cidadãos e a conduta criminalizada continuará sendo praticada e difundida.

Importante pontuar novamente que a conduta de expor e vender mídias falsificadas encontra-se no fim da cadeia da pirataria, não aferindo lucros vultosos, mas sim o suficiente para manter quem a pratica. Assim, acredito não ser proporcional punir o agente com a sanção penal prevista no Código Penal, lançando o nome desse indivíduo no rol dos culpados. Não se pretende aqui, ao considerar a conduta mencionada como atípica, defender a pirataria e sua impunidade, mas sim ponderar que há outros meios menos gravosos para se impedir tal prática, não necessitando do Direito Penal para coibi-la.

É possível, por meio da repressão e fiscalização efetiva de várias instituições do Estado, principalmente em âmbito administrativo, se evitar a proliferação da pirataria, sem ter que se recorrer à punição penal do agente. Porquanto, pode-se encontrar no vasto ordenamento

brasileiro, em outros campos do Direito, meios eficazes de se coibir tal prática. Ademais, outras medidas preventivas fora do campo jurídico podem ser úteis no objetivo de se impedir a violação aos direitos autorais, como campanhas de conscientização da população e diminuição da carga tributária que recai sobre a indústria vídeo fonográfica, no intuito de se reduzir o preço que chega ao consumidor final. Saber qual é o motivo precursor da pirataria e estudá-lo para se buscar uma forma de impedir a sua ocorrência é mais eficaz do que agir na repressão de suas consequências, o que necessitará de uma grande intervenção do Estado.

Portanto, conclui-se que a aplicação do princípio da adequação social no julgamento do caso concreto, quando envolver a conduta de expor e vender CDs e DVDs falsificados, se adequa perfeitamente à atual realidade social. Pois, afastando-se a tipicidade da conduta mencionada, surgirá a necessidade de se refletir acerca da existência de outros meios menos gravosos de atuação do Estado para reprimir tal prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 9. ed. Niterói: Impetus, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Direito Penal, Concursos e OAB. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REIS, André Wagner Melgaço. O princípio da adequação social no Direito Penal. Revista de Estudos Criminais, v. 7, n. 27, p. 217-223, out/dez 2007.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Tradução de Luís Greco. Revista Jurídica, ano 52, n. 317, março, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

WELZEL, Hans. Derecho Penal, Parte General. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO: UMA REFLEXÃO

Luanna Fonseca de Sousa Kalil

RESUMO

O presente trabalho faz uma reflexão sobre a objeção de consciência no âmbito do serviço público e visa a contribuir com o aprofundamento da compreensão deste instituto jurídico, vinculado à disciplina dos direitos fundamentais e da dignidade humana. A pesquisa indaga em que medida a objeção de consciência do servidor público pode se sobrepor a um dever jurídico legalmente imposto, face aos princípios da liberdade de consciência e da supremacia do interesse público. Nesse sentido, analisam-se os aspectos históricos da liberdade de consciência e da objeção de consciência e o enquadramento da objeção de consciência como direito fundamental e postulado ético-profissional. Utiliza-se a técnica de exame de problemas hipotéticos nos quais se revela conflito entre os princípios jurídicos em colisão, manejando-se o princípio da ponderação de Alexy para a busca das respectivas soluções.

Palavra-Chave: Direito constitucional; serviço público; objeção de consciência; princípio da ponderação.

Abstract: This paper does a reflection on conscientious objection within the public service. It aims to contribute with the deepening of the understanding of this legal institute, connected to the fundamental rights and the human dignity. The research inquires to what extent the conscientious objection of the public officer may overrule a determined and legally enforceable duty to act, in view of the principles of freedom of conscience and the supremacy of public concerns. In this sense, it analyzes the historical aspects of freedom of conscience and of conscientious objection and its framing both as a fundamental right and as an ethical professional principle. It uses the technique of examining hypothetical cases in which conflict upraises between the juridical principles in collision, and handles Alexy's balancing principles to reach the respective solutions.

Keywords: Constitutional Law; Public Services; Conscientious Objection; Balancing.

INTRODUÇÃO

Em 2014, um médico polonês, diretor de um hospital público, foi demitido por negar-se a realizar procedimento abortivo alegando motivo religioso. O Ministério da Saúde polonês entendeu que normas médicas práticas tinham sido violadas¹. Em outra ocasião, em 2012, o

¹ EDITORA ABRIL. **Veja.com**. Médico polonês que se negou a realizar aborto por razões religiosas é absolvido. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/medico-polones-que-se-negou-a-realizar-aborto-por-razoes-religiosas-e-absolvido>. Acesso em 20 de junho de 2016

governo Norte Americano obrigou todas as instituições a oferecer plano de saúde aos empregados incluindo esterilização, métodos contraceptivos e controle de natalidade; a congregação das Irmãs Pobres (congregação católica *Little Sisters of the Poors*) negou-se a cumprir a ordem por entender que o ordenamento feria suas crenças, e a consequência da escusa foi a aplicação de multa e uma briga na justiça para tentar ter reconhecido seu direito de objeção². No Brasil, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça baixou resolução que obriga a todos os cartórios realizarem casamento homoafetivo, sem levar em consideração o direito do tabelião de objetar e ser moralmente contra o ato³, Nos Estados Unidos uma tabeliã foi presa por opor-se religiosamente a casar um par de homossexuais.⁴

Casos emblemáticos como esses trazem à tona a indagação de quando a objeção de consciência deve realmente prevalecer ou quando deve ser mitigada em favor de um direito ou princípio que se mostre mais relevante.

Pretende-se fazer uma reflexão sobre a objeção de consciência no âmbito do serviço público. Assim, o cerne do problema de pesquisa é compreender em que medida a objeção de consciência do servidor público pode se sobrepor a um dever jurídico legalmente imposto, face aos princípios da liberdade de consciência e da supremacia do interesse público.

Em outras palavras, pretende-se investigar como se deve proceder quando um servidor público, motivado por suas convicções pessoais, objetar o cumprimento de um dever legal imposto pelo estatuto a que é vinculado quando assume o serviço público, em razões de suas crenças religiosas.

O trabalho se concentrará especificamente na objeção de consciência religiosa. Esse recorte temático deu-se devido à própria história da objeção de consciência, que nasce atrelada aos problemas do indivíduo religioso em relação ao Estado.

² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US SUPREME COURT. **David A. Zubik et al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.** 14-148 578 US _____. Sumário de decisão disponível em: http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-1418_8758.pdf. Acesso em 27/6/2016.

³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Resolução sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça. In: **Newsletter MERCOJUR STF Internacional**. Edição de maio de 2013. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaque&idConteudo=238515>. Acesso em 25 de junho de 2016

⁴ EDITORA ABRIL. **Veja.com**. EUA: Tabeliã que negou licença de casamento a gays é presa por desacato. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/eua-tabelia-que-negou-licenca-de-casamento-a-gays-e-presa-por-desacato>. Acesso em: 3 de março de 2016

O artigo foi dividido em três partes. Inicialmente, apresentam-se os aspectos históricos e morais da objeção de consciência atrelada a liberdade de consciência e de religião. Na segunda parte, a objeção de consciência será refletida dentro do âmbito do serviço público, buscando esclarecer o regime jurídico dos servidores públicos, contemplando a questão da sujeição do servidor público perante as normas da Administração. Ao final, como forma de conexão, será abordado o método de ponderação de Alexy para resolver casos de colisão entre a supremacia do interesse público (e os direitos individuais subjacentes) e a objeção de consciência, visando responder a inquietação de quando a objeção de consciência do servidor público poderá se sobrepor ao dever jurídico legalmente imposto, ou quando o Estado poderá adentrar na esfera íntima da consciência do servidor para obrigar-lhe a fazer o que moralmente não entende como certo.

OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA, LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO ASPECTOS HISTÓRICOS E MORAIS: UM RECORTE.

Apesar de não denominado como objeção de consciência, o conflito moral e ético acerca de se seguir ou não as leis conforme sua convicção é tão antigo quanto a existência do homem.

A literatura nota que, embora não se usasse então essa nomenclatura, a Antígona de Sófocles antecipa o dilema e coloca em conflito as leis divinas (que vinculam a consciência da protagonista) e as leis humanas.

Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram. Por isso, não pretendo, por temor às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina. Sei que vou morrer. Como poderia ignorá-lo? E não foi por advertência tua. Se antes da hora morremos, considero-o ganho. Quem vive num mar de aflições iguais às minhas, como não há de considerar a morte lucro? Defrontar-me com a morte não me é tormento. Tormento seria, se deixasse insepulto o morto que procede do ventre de minha mãe. Tuas ameaças não me atormentam.⁵

Antígona afronta o poder do rei e se alegra com o ato de desobediência por não estar ferindo suas convicções religiosas. A desobediência à lei humana traz a Antígona alívio na consciência e sensação de dever cumprido.

⁵ SÓFOCLES. **Antígona**. tradução de Donald Schüler. Porto Alegre: L& PM, 2011. Kindle book. pos. 594.

À medida que a religião vai se desenvolvendo como um ente independente do poder estatal, confrontos entre as leis do homem e as leis da Igreja vão tornando-se cada vez mais comuns.

Na Antiguidade Romana, os cristãos negam-se a prestar culto ao imperador e a tomar parte nas cerimônias religiosas cívicas – atraindo sobre si a ira do povo pela quebra da *pax deorum* e por sua contumácia⁶, e frequentemente pagando com a vida por sua recusa.

Percebe-se que a objeção de consciência no mundo surge, embrionariamente, dentro de um aspecto religioso e intimamente atrelada à história da liberdade religiosa, na medida em que, como se narrou anteriormente, eram os costumes religiosos que eventualmente opunham-se às leis, impondo ao indivíduo a decisão de respeitar a legislação civil ou às regras de natureza religiosa.⁷

São Tomás de Aquino preceitua que, para a ação ser considerada livre e responsável, deve ser gerada por uma consciência livre de constrangimentos exteriores.⁸ Dessa forma, para o filósofo da Idade Média, a lei só é autêntica se tiver como fim tornar o homem bom, pressupondo o trabalho livre da razão em sua elaboração; se assim não for, a lei será tirânica.

Tomás de Aquino esclarece que a liberdade da consciência não se exerce necessariamente na elaboração da lei, mas na sua ponderação e aplicação a situações concretas. Nesse momento, ou seja, no momento de sua ponderação íntima, se a consciência, com boa disposição, não consegue admitir o teor da Lei e submeter-se a ele, fica desobrigada de obedecer-lhe.⁹

Segundo a filosofia do Doutor Angélico, o foro de consciência só deve ser exercido caso seja a lei justa, uma vez que a lei injusta sequer deve ser obedecida pelo homem. E entende como justa aquela lei que visa ao bem comum e traz obrigações proporcionais e não ultrapassa a autoridade de quem a promulga.

⁶ SILVA, Diogo Pereira da. *As perseguições aos cristãos no Império Romano (séc. I-IV): dois modelos de apreensão*. **Revista Jesus Histórico**, v. 7, pp. 29-44, 2011.

⁷ CHIASSONI Pierluigi. *Liberdade e objeção de consciência no Estado Constitucional*. In: ASENSI, Felipe Dutra. PAULA, Daniel Giotti de (coords.). **Tratado de Direito Constitucional: Constituição, política e sociedade**. Volume 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014 (84-103). p. 90.

⁸ FILHO, Juvenal Savian. O Tomismo e a Ética: uma ética da consciência e da liberdade. *in: Revista Bioethikos*, Centro Universitário São Camilo- 2008; 2(2): 177-184. p.180.

⁹ *Ibidem*. p. 180.

Destarte, caso a lei fira a moral, essa lei é uma lei injusta e cumpre não lhe observá-la, pois desobedecer uma lei que fere a consciência do homem é o caminho natural e correto.

As lei podem, contudo ser injustas, de dois modos. De um modo, por serem contrárias ao bem humano, contrariamente ao que foi dito anteriormente: ou em razão do fim, como quando alguém que preside impõe leis onerosas aos súditos, não pertinentes à utilidade comum, e mais a própria cobiça e glória; ou também em razão do autor, quando alguém legisla além do poder que lhe foi atribuído; ou também em razão da forma, por exemplo, quando de modo desigual as obrigações são distribuídas a multidão mesmo se se ordenam ao bem comum. E essas são mais violências que leis (...). Portanto tais leis não obrigam o foro da consciência (...).¹⁰

A justificação filosófico-moral da objeção de consciência está, ainda, na filosofia do Aquinate, nas questões que versam acerca da consciência errônea.

Para São Tomás, a consciência é ato, por meio do qual se aplica um determinado conhecimento (*sciencia*) a alguma outra coisa (*cum alio*), notadamente, às nossas ações. Por essa razão, serve ela para três propósitos: atestar; obrigar ou incitar; e escusar, aprovar ou repreender.

A consciência atesta quando reconhece que fizemos ou deixamos de fazer algo; obriga quando julgamos que é necessário fazer ou deixar de fazer alguma ação; finalmente, avalia o que foi feito – se bem ou mal – e julga, de modo a escusar, acusar ou aprovar as ações feitas.¹¹

Ora, sendo um ato de aplicação de conhecimento a uma ação, a consciência se funda em dois elementos: na razão (que dá a conhecer o bem ou fim) e na vontade (que opta ou não pela prática daquilo que a razão lhe apresenta).

Por esse motivo, para o filósofo, não se justifica o ato moral de quem pratica um bem contrário à sua razão. Em outras palavras, mesmo quando a razão erroneamente indica um mal como se fosse bem, é dever moral agir em conformidade com esta razão, porque ela se lhe apresenta como se fosse verdadeira. A vontade será má quando rejeitar aquilo que a razão apresenta como se fosse um bem (ainda que não o seja objetivamente).¹²

¹⁰ AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Volume IV, I seção da II parte. 2º edição. São Paulo: Edições Loyola. 2010.p.590.

¹¹ AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Volume II. Iª parte, q. 79. São Paulo: Edições Loyola, 2005. pp. 462-463.

¹² AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Volume III. Iª seção da IIª parte. q. 19. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2009. pp. 267-268.

Veja-se a relevância do ponto. O homem tem obrigação, segundo a filosofia tomista, de recusar assentimento à lei iníqua – porque de lei não se trata, já que o bem comum é elemento essencial do próprio conceito de lei. Por outro lado, ainda quando errada, a razão do homem que propõe como má uma determinada conduta deve ser obedecida, sob pena de tornar moralmente reprovável a conduta oposta.

Não é difícil concluir que a objeção de consciência, sob essas condições, é moralmente justificável, porque representa o assentimento da vontade àquilo que a razão lhe apresenta como bem, ainda que contrário à lei – e mesmo quando estiver equivocada a razão.

Com a diminuição progressiva da importância da religião, o homem passa a ser visto como ponto central da sociedade e desvincula-se a consciência da religião, abrindo-se espaço para uma consciência individual.¹³ O iluminismo surge com o desenvolvimento do racionalismo – que tem um marco no discurso do método, de Descartes¹⁴ – e se vincula à ideia de um rompimento com o passado, especialmente com a estrutura religiosa da sociedade.¹⁵ Nessa linha, surgem tentativas de desvinculação das ideias políticas e filosóficas de seu fundamento religioso: o contratualismo (Locke, Rousseau, Hobbes); a pretensão de concentrar o conhecimento disponível ao acesso público (enciclopedistas), etc.

Nesse sentido, Kant¹⁶ vem proclamar o Esclarecimento (*Aufklärung*), pregando a desvinculação do homem em relação à tutela das ideias religiosas – causadora de uma heteronomia da razão prática, segundo o filósofo.¹⁷ Segundo o autor, a tutela religiosa seria a

¹³ CABRAL, Alex Ian Pasarski. *A proteção Internacional ao Direito à Liberdade de Consciência: o Sistema da ONU e o Sistema Europeu de proteção aos Direitos do Homem*. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, volume 5, 2009 (01-33). p. 5.

¹⁴ DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp. 37-46.

¹⁵ MELLO, Vico Denis S. de; DONATO, Manuella Riane A. O Pensamento Iluminista e o Desencantamento do Mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático. In: UFAL. Programa de Pós Graduação em História. **Revista Crítica Histórica**, Ano II, n. 4, Dezembro/2011 (pp. 248-264). Importa destacar que a transição da religiosidade medieval para o antropocentrismo iluminista é excessivamente complexa para ser adequadamente transmitida neste pequeno trabalho; cuida-se, portanto, apenas de trazer uma breve notícia acerca do ponto.

¹⁶ Immanuel Kant é um filósofo alemão (prussiano), de Königsberg. Sua filosofia se insere na tradição do Iluminismo (ou Esclarecimento), e propõe, entre tantas outras coisas, no âmbito da razão pura, a modificação da ideia de verdade (a chamada Revolução Copernicana de Kant), enquanto no âmbito da razão prática defende a autonomia da moral individual, por meio da ideia do imperativo categórico. No texto sobre o esclarecimento – de aspecto quase panfletário – o autor desenvolve uma forte defesa da autonomia e emancipação do homem em face das tradições religiosas (que o autor denominaria obscurantistas) da sociedade. Para um resumo filosófico, veja-se: F. J. THONNARD, A. A. **Compêndio de História da Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Herder, 1968. pp. 622-670.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Resposta a pergunta: Que é esclarecimento? Textos Seletos**. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005. pp. 63-71.

mais prejudicial e a mais desonrosa ao homem, porque seria capaz de retirar do indivíduo a capacidade de pensar por si em questões morais, ensejando a sua “menoridade intelectual” – daí a ideia de heteronomia, ou seja, de um centro de decisões externo ao próprio agente, que, por isso, seria um incapaz, em plena menoridade intelectual. Desse modo, seria dever dos governos dar liberdade plena aos cidadãos em matéria religiosa.

Um príncipe que não acha indigno de si dizer que considera um dever não prescrever nada aos homens em matéria religiosa, mas deixar-lhes em tal assunto plena liberdade, que, portanto, afasta de si o arrogante nome de tolerância, é realmente esclarecido [*<aufgeklärt>*] e merece ser louvado pelo mundo agradecido e pela posteridade como aquele que pela primeira vez libertou o gênero humano da menoridade, pelo menos por parte do governo, e deu a cada homem a liberdade de utilizar sua própria razão em todas as questões da consciência moral.¹⁸

Na Revolução Francesa, a liberdade de consciência ganha impulso com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que solidificou o Direito à Liberdade Religiosa ao asseverar (artigo 10º) que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.”¹⁹

A modificação da estrutura do direito em todo o ocidente, com o fenômeno da exclusividade da produção legislativa do direito – em abandono às outras fontes tradicionais, como o direito romano, os glosadores e jurisconsultos, entre outros – dá ensejo ao nascimento do positivismo jurídico.²⁰

Ressalta-se que a doutrina positivista não convive bem, em regra, com a ideia de pluralismo de ordens jurídicas. Trata-se de um movimento essencialmente monista²¹. Do mesmo modo, o positivismo, como regra geral, rejeita o influxo de normas morais no direito.²²

Desse modo, sob a influência do positivismo, o âmbito de proteção da liberdade de consciência é limitado pela ordem jurídica. Pouco espaço há, na realidade, para a objeção de

¹⁸ Loc. cit.

¹⁹ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Fonte: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em 3 de março de 2016.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: noções de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. pp. 119-121.

²¹ O monismo jurídico representa a ideia de que apenas a ordem estatal pode ser fonte de direito, excluídas outras ordens jurídicas concorrentes. Isso importa na impossibilidade, como regra, do reconhecimento de que determinadas leis não deveriam ter aplicação porque contrárias a um direito ideal, situado fora do âmbito estatal. Nessa linha, veja-se: WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito: I – interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1994. pp. 52-56.

²² BOBBIO, Norberto. Op. cit. pp. 131-133.

consciência – dado que se trata de instituto que rejeita, por critérios morais, a incidência de uma regra jurídica. Somente quando há norma permissiva excepcional o sistema jurídico autoriza agir contra a norma geral – mas, jamais, o agir *contra legem*.

Kelsen trata do assunto em sua Teoria Pura, quando observa que a legitimação do direito pela moral é absolutamente irrelevante para uma teoria jurídica que se pretenda científica: “a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral(...)”²³. Kelsen é um dos expoentes do pensamento positivista, que pretendeu atribuir cientificidade ao direito por meio da sua ‘purificação’ de elementos externos (moral, política, etc). Essa estrita separação entre o mundo do direito e os seus elementos externos acarreta a ideia de que, para o positivista, algo é justo não por seus próprios méritos, mas pelo fato mesmo de estar positivado (prescrito) e, portanto, ser igual para todos:

Nesse sentido, a "justiça" significa legalidade; é "justo" que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. (...) A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação.²⁴

Naturalmente, embora a objeção de consciência não dependa necessariamente da afirmação da invalidade da lei (na verdade, é mais usual que a objeção conviva com a validade geral da lei, situando na consciência individual o foro de sua ilegitimidade, e não de sua invalidade), o positivismo, visto enquanto ideologia, não convive bem com o afastamento, em tese, de normas gerais por razões extrajurídicas.²⁵

A situação tem um ponto de inflexão, no entanto, a partir do pós-Guerra. A ideia do cumprimento de ordens e da obediência irrestrita às leis vigentes causa um mal-estar diante dos horrores infligidos aos povos submetidos ao regime nazista – sobretudo, mas não exclusivamente, aos judeus. Confrontados, muitos dos oficiais do regime nazista sustentavam a obediência hierárquica e o cumprimento da legislação do Reich como escusa às acusações de genocídio e crimes contra a humanidade.

²³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 77.

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20.

²⁵ Sobre o ponto, vide BOBBIO. Op. cit. Capítulo VII – O positivismo como ideologia do direito (pp. 223-238).

Nesse sentido, Hannah Arendt descreve o julgamento de Eichmann em Jerusalém, cunhando a feliz expressão “banalidade do mal” para retratar essa fidelidade irracional às leis e ao regime vigente como se tratasse de um meio de vida perfeitamente ordinário, em que a prática dos crimes contra a humanidade se tornava uma questão burocrática, de disputa entre departamentos.

O acusado, narra a autora, revelava certo orgulho de sua eficiência na montagem da logística do sistema que levaria judeus às câmaras de gás nos campos de concentração, e afirmava somente sentir remorso quando não conseguia cumprir adequadamente as ordens (e especialmente das ordens do Führer, que tinham força de lei no regime nazista).²⁶

Segundo Dalrymple, “a Grande Guerra destruiu o otimismo simplista de que o progresso rumo a um paraíso na Terra fosse inevitável ou mesmo possível”²⁷. O pós-guerra apela a valores universais para superar a rigidez perigosa das ordens jurídicas nacionais. É fácil notar como a associação de justiça como simples legalidade, como Kelsen parecia sustentar ²⁸, pode facilmente servir de substrato teórico para a legitimação de sistemas jurídicos iníquos. Por essa razão, era necessário buscar elementos extrajurídicos – uma tábua de valores, como aquelas usualmente proclamadas em declarações de direitos – que pudessem corrigir eventual injustiça das ordens jurídicas.

Nessa linha, um grande marco da liberdade religiosa e da objeção de consciência no mundo deveu-se a Lei Fundamental Alemã (*Constituição de Bona* de 1949) que consagrou a liberdade religiosa e a objeção de consciência ao serviço militar.²⁹ Esse diploma legal, redigido por uma Assembleia Constituinte autorizada pelas potências aliadas que foram vitoriosas na Segunda Guerra e fruto da experiência alemã do período das duas Grandes Guerras, tornou-se

²⁶ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Cia das Letras, 1999. p. 21. Note-se que Eichmann, depois de capturado, deixa de se defender com base na teoria dos ‘atos de Estado’, embora seu advogado ainda o faça.

²⁷ DALRYMPLE, Theodore. **Our culture, what’s left of it**. Londres: Monday Books, 2010. Ebook Kindle. pos. 164.

²⁸ Vide a citação de sua Teoria Geral, *supra*.

²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira e SORIANO, Aldir Guedes (cords). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XX**. Belo Horizonte: Fórum, 2009 (113-155). p. 116.

uma referência internacional em matéria de garantia de direitos fundamentais, inaugurando o denominado pós-positivismo^{30 31}.

Já em 1948 fora escrita a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) que também esboçou uma preocupação com o direito a liberdade religiosa, ao prever que “toda a pessoa tem liberdade de pensamento, consciência e religião.”³² Esse mesmo texto legal foi repetido no Pacto Internacional de Direitos Civis e Pessoais e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH (1953), elevando ainda mais a importância do reconhecimento desse direito.³³

Segundo Alex Ian Pasarski Cabral, a CEDH engloba todas as convicções da pessoa humana, o que demonstra uma ampliação do direito de liberdade de consciência.

Assim, pode se afirmar que a Convenção não se limita a proteger as convicções religiosas, ela engloba todas as convicções da pessoa humana, sejam elas de ordem filosófica, moral, políticas, sociais, econômicas e científicas. As convicções distinguem-se assim das meras opiniões ou ideias visadas no art. 10º à medida que assumem certo grau de força, de coerência, de importância.^{34 35}

No Brasil, a liberdade de consciência é reconhecida como um direito fundamental no artigo 5º, incisos VI e VIII da Constituição Federal de 1988, e a objeção de consciência é prevista em caso expresso ao serviço militar, hipótese em que deve ser oferecido serviço alternativo, desde que o País esteja em tempo de paz.³⁶ Além disso, de modo mais amplo, o

³⁰ O pós-positivismo representa uma tentativa de reformulação da teoria geral do direito a partir de eixos centrais, como o constitucionalismo (primazia da Constituição), o *judicial review* (controle de constitucionalidade) e a abertura valorativa do sistema jurídico, por meio da utilização da interpretação com base em princípios. Sobre o ponto, vide: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011 (pp. 105-131).

³¹ Sobre a Lei Fundamental de Bonn, vide: MENDES, Gilmar Ferreira. **Discurso Proferido em 25.5.2009 na Embaixada da República Federal da Alemanha por Ocasão dos 60 Anos da Lei Fundamental de Bonn**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>. Acesso em 26 de junho de 2016.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). ASSEMBLEIA GERAL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Artigo 18. Fonte: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2016.

³³ CARDOSO, Soraia; PAMPLONA, Raquel. *Os novos contornos do direito de objeção de consciência*. In: **CEDIS Working Papers: Direito, Estado e Religião**, nº 3, julho de 2015 (01-29) p. 7.

³⁴ CABRAL, Alex Ian Pasarski. Op. cit. p. 20.

³⁵ Outro importante marco acerca do tema foi a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) que inseriu no capítulo II a liberdade de religião vinculada a liberdade de consciência, mas pela primeira vez a expressão objeção de consciência é reconhecida em texto normativo de âmbito internacional. CABRAL, Alex Ian Pasarski. Op. cit. p. 24.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3º edição, São Paulo: Saraiva/IDP, 2008. p. 412.

artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal Brasileira assevera que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”³⁷. Observe-se que garante de forma expressa a objeção de consciência religiosa, filosófica e política.

O texto constitucional assegura, portanto, a liberdade de crença, a liberdade de convicções filosóficas e a liberdade de exercício dos direitos políticos, mas essa leitura não deve ser feita de forma tão restrita; ao contrário, parece evidente que extensão dessa interpretação seja coerente com princípio da dignidade da pessoa humana adotado constitucionalmente. Assim, Bernardo Gonçalves Fernandes leciona a interpretação abrangente desse artigo:

o art. 5º, VIII, do Texto Constitucional, portanto, apresenta-se aberto a outras situações quando determinada a possibilidade de que aquele que discorde do cumprimento de obrigações impostas indistintamente a todos, alegando motivo de foro íntimo (escusa de consciência), realize obrigação substantiva a ser fixada em lei.³⁸

Nota-se que a evolução na legislação acerca da liberdade de consciência e a objeção de consciência ocorre de forma gradual e acompanha as mudanças políticas, sociológicas, filosóficas e religiosas da sociedade. À medida em que as liberdades vão sendo asseguradas como direitos fundamentais torna-se imprescindível o reconhecimento de que o homem só é livre se puder agir conforme sua consciência e o seu foro íntimo, caso contrário torna-se vinculado às ideologias estatais e arrisca-se a perder o fundamento ético e moral que o formam como pessoa humana e como cidadão.

Nesse sentido, a objeção de consciência – importa que se ressalte – funciona como o componente de uma reserva moral da sociedade, impondo continuamente a reconsideração do corpo social acerca das decisões que foram estabelecidas na legislação.

Com efeito, com sua recusa, o objetor deflagra uma acusação contra a lei do Estado e contra a sociedade que a promulgou. Esse desconforto, no entanto, é – em linha geral – altamente compensador, sob o ponto de vista da dignidade humana, porque preserva a

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília: Senado, 2016.

³⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 283.

autonomia individual, a capacidade de crítica social, e alimenta o contínuo reexame das escolhas morais estabelecidas em lei.

Ao longo da história, alguns acontecimentos que ocorreram demonstram a importância do reconhecimento do direito da objeção de consciência.

Recorda-se o memorável caso – um dos mais antigos registrados referentes a um servidor público – da objeção de consciência de Thomas Morus – então lorde chanceler do Rei Henrique VIII – e do Bispo John Fischer, que se recusaram a jurar obediência ao Ato de Soberania e ao Decreto de Sucessão – que fizeram o cisma Anglicano – e, por essa razão, foram condenados a morte.³⁹

Em 1846, Henry David Thoreau recusou-se a pagar imposto ao Estado de Massachusetts por entender que financiar a guerra contra o México era uma causa injusta. Thoreau entendia que o cidadão deve examinar sua consciência frente a submissão e na batalha entre o consciente e o legislador deve sempre prevalecer a consciência:

Com seu espírito solidário, THOREAU foi quem melhor destacou o caráter profundamente social da objeção de consciência. Seu libelo inspirou e continua inspirando todas as formas de resistência às leis injustas. Sua rebeldia era a rebeldia natural e espontânea de um ser humano que dizia: "Se eu não sou eu, quem o será?"⁴⁰

Talvez o acontecimento mais importante relacionado ao surgimento da objeção de consciência tenha sido o evento proclamado por Gandhi, no século XX⁴¹, que pregou a resistência contra o governo britânico e a favor da liberação da Índia por meio de movimentos pacifistas.

GANDHI encarnou uma objeção de consciência que não se limitou unicamente à guerra e a certas leis abusivas, mas que se estendeu a toda uma civilização. A objeção de consciência de GANDHI talvez tenha sido a mais radical de todas, por reunir em sua atitude não apenas um ato político, mas uma verdadeira obra moral.⁴²

³⁹ Pe. RIVAUX. **Tratado de História Eclesiástica**. Volume 2. Brasília: Pinus, 2011. pp. 138-139.

⁴⁰ MARASCHIN, Claudio. Serviço militar obrigatório: apontamentos preliminares sobre a objeção de consciência. **Revista Síntese Trabalhista**, nº 115. Janeiro 1999 (37- 48) p. 42.

⁴¹ PAÇO, Sandra. Breve reflexão sobre a objeção de consciência. **Revista Salutis Scientia: Revista de Ciências da Saúde da ESSCV**. Lisboa Vol.5. Julho 2013 (40-50). p. 42.

⁴² MARASCHIN, Claudio. Op. cit. p. 42.

As campanhas de Gandhi para não cooperação com os ingleses não se limitaram às leis, mas abrangeram uma maneira de viver. Por isso, Gandhi propagou uma objeção de consciência que não era unicamente em desfavor das guerras mas uma objeção de foro moral. Essa conduta obrigou a Europa a repensar o neocolonialismo e colaborou na reforma da ordem mundial.

ASPECTOS TEÓRICOS E DOUTRINÁRIOS

A objeção de consciência, como se buscou alinhar nas linhas supracitadas, pode ser compreendida como o ato de negar-se o agente ao cumprimento de norma legal incompatível com suas convicções fundamentais, sejam morais, religiosas, políticas ou filosóficas; em outras palavras, “é uma forma de resistência com relação a uma norma jurídica que um indivíduo percebe como injusta do ponto de vista de sua consciência(...)”.⁴³

Apesar de não possuírem o mesmo significado, a objeção de consciência e a liberdade de consciência são direitos que andam atrelados, de tal forma que um não consegue existir sem o outro, ou seja, é necessário que haja a liberdade de consciência para que o homem possa objetar o cumprimento de determinada conduta resguardado por seus valores éticos e morais.

Assim, Alexandre de Moraes preceitua que a liberdade de pensamento é o âmbito subjetivo de proteção da objeção de consciência,⁴⁴ e considera que o núcleo básico da liberdade de pensamento é a liberdade de consciência, quando afirma:

a liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular.⁴⁵

A liberdade de consciência é a faculdade de o indivíduo conseguir formular juízos de certo e errado de acordo com suas convicções religiosas e morais.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o Estado não deve interferir nessa esfera, mas algumas vezes impõe normas que não estão de acordo com essas convicções pessoais, e nesse caso pode ter lugar a objeção de consciência:

Se o estado reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência deve

⁴³ CHIASSONI, Pierluigi. Op. cit. p. 97.

⁴⁴ BORN, Rogério Carlos. **Objecção de Consciência, restrições aos direitos políticos e fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 43.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 75.

admitir, igualmente que o indivíduo aja de acordo com suas convicções. Haverá casos porém, em que o Estado impõe conduta ao indivíduo que desafia o sistema de vida que as suas convicções construíram. Cogita-se então, da possibilidade de reconhecer efeitos a uma objeção de consciência.⁴⁶

Embora seja termo cuja definição é tormentosa – porque variável segundo a corrente filosófica que se prefira adotar –, pode-se dizer com Japiassu e Marcondes, de um modo geral (e para os limitados propósitos deste trabalho), que “do ponto de vista moral, a consciência é o juízo prático pelo qual nós, como sujeitos, podemos distinguir o bem e o mal e apreciar moralmente nossos atos e os atos dos outros”⁴⁷.

Assim, a consciência importa na capacidade humana de fazer autojulgamento moral e está estritamente ligada à ética professada pelo indivíduo. A consciência é a atitude humana que permite a formulação de valores próprios de bem e de mal, de certo e de errado, de justo e de injusto, que ajudam a formar a identidade pessoal. Assim entendem Schlink e Pieroth quando salientam que:

a consciência é uma atitude moral que ajuda a constituir a identidade pessoal de uma pessoa e lhe prescreve, de maneira subjetivamente vinculativa, que, numa situação concreta, pratique como “boas” ou “justas” certas ações ou as omita como “más” ou “injustas”.⁴⁸

Esse conjunto de convicções morais, para serem consideradas como decisões de consciência, devem ser sérias o suficiente para fazer com que a desobediência à própria consciência gere um mal estar moral do indivíduo.

A abrangência do direito a liberdade de consciência vai desde o pensamento até a sua manifestação. Quando o Estado impõe ao homem o cumprimento de uma norma legal que fere sua consciência, havendo uma colisão entre as convicções internas e a lei do Estado, pode o indivíduo escolher por abster-se de realizar determinada conduta devido a seu foro íntimo, o que o Direito denomina de objeção de consciência.

A objeção de consciência consiste na recusa em realizar conduta legalmente estabelecida. Não se trata, porém, de qualquer recusa, pois a finalidade tem de ser evitar o desconforto moral e até mesmo a violência psicológica:

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 413.

⁴⁷ JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Verbete *Consciência*.

⁴⁸ PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, IDP, 2012. p. 252.

A objeção de consciência consiste, portanto, na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arrigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral. Observe que a atitude de insubmissão não decorre de um capricho, nem de um interesse mesquinho. Ao contrário, é invocável quando a submissão à norma é apta para gerar insuportável violência psicológica.⁴⁹

Importa observar, ainda, que a objeção de consciência consta do rol de direitos fundamentais e, portanto, comporta o tratamento jurídico desses mesmos direitos. Nesse sentido, ressalta-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que importa em reconhecer essas normas como valores objetivos fundamentais da comunidade, que devem ter sua eficácia estendida em um ponto de vista que aproveite não apenas ao indivíduo, mas a toda a sociedade.⁵⁰

Desse modo, e retomando aspecto anteriormente destacado, o reconhecimento da objeção de consciência, para longe de ser mero direito de defesa, tem valor social e constitucional. Reflete, além de uma norma de civilidade para com o indivíduo discordante, uma oportunidade de reflexão democrática acerca das obrigações impostas por lei.

OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NA ESFERA DO SERVIÇO PÚBLICO

Até que ponto a objeção de consciência pode representar um direito absoluto dentro da Administração Pública? Em que medida pode o servidor público fazer uso de objeção de consciência sem prejudicar a efetividade e a prestação do serviço público, além do próprio serviço em si (o bem da vida prestado à comunidade)?

Há autores⁵¹ que entendem que os servidores públicos não devem se escusar de realizar o serviço público alegando objeção de consciência. É o que afirma Canotilho:

a objeção de consciência não pode ser invocada pelos titulares de cargos públicos no que tange ao cumprimento dos deveres inerentes às funções que desempenham (mesmo porque não há investidura forçada, a incidir princípio básico de lealdade democrático-republicana).⁵²

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 414.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 160.

⁵¹ Nesse mesmo sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo...*, e Clarissa Sampaio Silva, *Direitos fundamentais...* Vide referências.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. pp. 609-610.

O fechamento em absoluto da objeção de consciência aos servidores públicos, no entanto, parece precipitado, especialmente tendo em vista que a objeção de consciência é um direito fundamental constitucionalmente estabelecido; assim, vedar *tout court* aos servidores públicos agir conforme a sua convicção moral seria como negar-lhes o que a Constituição lhes assegura.

Cumprido, portanto, olhar com mais detalhe não só o direito fundamental à objeção de consciência mas também o regime jurídico do servidor público, seus direitos, deveres e obrigações.

PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Na Administração Pública vige o princípio da finalidade pública, da supremacia do interesse público. Esse princípio vincula toda a Administração e todas as autoridades administrativas. Assim, embora as normas administrativas possam vir a regular alguns direitos individuais (como as normas de segurança e saúde pública), em sua maioria têm objetivo de atender ao interesse público. É por isso que se diz que no âmbito da Administração Pública o interesse coletivo tem supremacia sobre o interesse individual.

Dirley da Cunha assevera que a relação da Administração Pública e particulares é de verticalidade, ou seja uma relação de comando:

A posição de supremacia é muitas vezes expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares, ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre particulares. Isso significa que o poder público se encontra em situação de comando e autoridade relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto.⁵³

Nesse sentido, Zanella Di Pietro entende que o interesse individual não pode prevalecer sobre o interesse público, em vista da indisponibilidade do interesse público – compreendida como a impossibilidade de os agentes públicos encarregados de prestação dos serviços transgirem ou deixarem de atuar de ofício, cabendo apenas à lei dispor sobre o interesse público.⁵⁴

⁵³ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito Administrativo**. 7ª . ed. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 39.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 70.

Assim, as atividades da administração são encaradas como deveres e não como normas de mera conduta; por tal motivo, o agente público em tese não poderia deixar de cumprir o que a administração lhe ordena.

Apesar de não ser norma de mera conduta e sujeitar o administrador a obedecer tais regras, é evidente que o princípio da supremacia do interesse público existe em função da Constituição e, portanto, deve respeitar os direitos fundamentais, atuando como garantia desses direitos constitucionais, conforme entende Dirley da Cunha:

Ademais, cumpre acentuar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado pressupõe o absoluto respeito aos direitos fundamentais. Ora, se o interesse público resulta da soma “dos interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias aspirações”, é inegável que a supremacia do interesse público avulta como condição de garantia dos próprios direitos fundamentais.⁵⁵

Dessa forma, é enganoso opor singelamente o interesse público aos direitos fundamentais. O interesse coletivo – em um estado democrático – não importa em renúncia dos direitos individuais e, assim, é preciso saber harmonizá-los. A Administração, como executora dos serviços públicos, é também garante dos direitos individuais, tendo a lei como instrumental de equilíbrio entre os interesses da coletividade e os direitos individuais.

O SERVIDOR PÚBLICO FRENTE AO ESTADO, O REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO: DIREITOS, DEVERES E OBRIGAÇÕES.

O serviço público é aquele prestado pelo Estado em busca do bem comum e da satisfação coletiva, que se submete a uma disciplina específica devido a importância da sua prestação e manutenção na vida social. Assim entende Celso Antônio Bandeira de Melo:

Serviço público, vale dizer, atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação, afim de satisfazer a necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar. Por essa mesma razão submete a uma disciplina jurídica específica, preordenada a garantir proteção aos interesses coletivos nela encarnados[...].⁵⁶

Exatamente o fato de o Estado entender que determinadas atividades são de sua responsabilidade é que as coloca em uma disciplina diferenciada, para garantir a qualidade e a

⁵⁵ JÚNIOR, Dirley da Cunha. Op. cit. p. 40.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 655.

eficiência da prestação. Assim, os servidores públicos possuem, desde seu ingresso na administração pública, um vínculo especial de sujeição.

Recorde-se, quanto ao ponto, que as relações especiais de sujeição são hipóteses de redução da esfera de liberdade individual em face do Estado, seja por efeito da lei, da aplicação de uma pena ou de um negócio jurídico, conforme a definição de Jellinek.⁵⁷

Em virtude da lei, é limitada a liberdade daqueles que são convocados ao serviço militar, dos vereadores, dos jurados, e na verdade não apenas pelo dever de prestar um serviço pessoal, mas também em consequência do dever imposto aos indivíduos com a finalidade de conservar a dignidade do exercício da função pública que lhes foi atribuída e de melhor assegurar o seu cumprimento.⁵⁸

Submetem-se, pois, aos princípios e normas impostos pelo regime jurídico administrativo e por agirem em nome do Estado não podem fazer o que entendem como certo, mas devem cumprir os deveres que a Administração Pública lhes impõe. Clarissa Sampaio Silva chega a afirmar que “o trabalhador do Estado é um trabalhador diferente, um trabalhador com menos direitos e mais deveres”.⁵⁹

Ao ingressar no serviço público o servidor cria um vínculo com a Administração Pública e obriga-se a exercer as funções de seu cargo; trata-se do dever de obediência.⁶⁰ Esse dever de obediência é a fonte da hierarquia dentro da Administração Pública, que, por sua vez, decorre da submissão dos entes públicos à ordem jurídica.

Dentro do serviço público vige o respeito à lei e ao princípio da legalidade, que não autoriza a Administração Pública agir sem texto prescrito em norma legal. De acordo com Lucas Rocha Furtado a lei deve autorizar a atuação da Administração Pública:

A legalidade administrativa, denominada de legalidade restrita, ou estrita, cria a situação de que a Administração Pública somente pode agir se e quando a

⁵⁷ JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi**. Trad. da 2ª ed. alemã. Milão: Società Editrice Libreria, 1912. p. 124.

⁵⁸ *Ibidem*. Tradução livre do original: “In virtù della legge viene limitata la libertà di coloro, che sono tenuti al servizio militare, degli scabini, dei giurati, e veramente non soltanto mediante l'obbligo di prestare un servizio personale, ma anche in conseguenza del dovere imposto agli individui in parola di conservare la dignità dell'esercizio della pubblica funzione loro commessa e di meglio garantirne in tal guisa l'adempimento.” O vocábulo ‘scabino’, de difícil tradução, pode significar vereador, magistrado leigo, ou membro de um corpo de juízes. Considerando o uso de jurados (ao lado), e do contexto que Jellinek emprega, com serviços honoríficos (militar, jurado), preferiu-se a opção por vereador.

⁵⁹ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e relação de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 184.

⁶⁰ SILVA, Clarissa Sampaio. *Op. cit.* p. 202.

lei autorizar a atuação. (...) ainda que a atividade estatal não importe em impor qualquer conduta positiva ou negativa de qualquer cidadão, a Administração estaria impedida de agir.⁶¹

O princípio da legalidade implica na afirmação de que “a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”⁶², ao contrário dos particulares em geral que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. O regime jurídico dos servidores no Brasil admite que haja desobediência ao superior no caso da ilegalidade das ordens (artigo 5º, II, da CF/88); portanto, não é um regime de sujeição absoluto, podendo haver brechas inclusive quando houver violação ao núcleo de um direito fundamental.⁶³ Dessa forma, a lei manifestamente ilegal – e, especialmente, a lei que agride a direito fundamental do cidadão ou de terceiro pode, em tese, ser descumprida pelo servidor, que não deve sofrer sanção disciplinar em face de sua conduta.

O servidor público também deve se pautar pela neutralidade e imparcialidade, que defluem do dever de isonomia da Administração Pública. Deve o servidor público conferir igualdade a todos os particulares. “Todos são iguais perante a lei e o Estado. Este é o preceito que extrai da impessoalidade quando examinado sob a ótica da isonomia”.⁶⁴

Quando a Administração Pública toma decisões, deve pautar-se “apenas pelos critérios necessários para a realização do interesse público concreto, escolhendo por via de consequência comportamentos funcionais adequados a atingir esse desiderato”.⁶⁵ Desse modo, sob o ponto de vista objetivo, o Poder Público não ostenta ideologias, partidarismos, religião; contudo, tais pressupostos convivem com a realidade de que o serviço público é exercido efetivamente por pessoas reais, concretas, que têm suas convicções.

Para Clarissa Sampaio Silva, o dever de impessoalidade do servidor público é incompatível com alegações de foro íntimo do servidor público, devendo o agente público ao realizar a função pública, que o cargo lhe destina, abrir mãos de suas convicções pessoais.⁶⁶

⁶¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 95.

⁶² MELO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 105.

⁶³ SILVA, Clarissa Sampaio. Op. cit. pp. 203-206.

⁶⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Op. cit. p. 99.

⁶⁵ SILVA, Clarissa Sampaio. Op. cit. p. 208.

⁶⁶ Ibidem. p. 208.

Celso Antônio Bandeira de Melo segue a mesma linha de pensamento e entende que “simpatia ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa”.⁶⁷

O regime jurídico administrativo, que nasce com o Estado Liberal de Direito, traz consigo traços de superioridade sobre o indivíduo, dando bastante ênfase ao poder de sujeição. Assim, conforme leciona Di Pietro o nascimento do próprio direito administrativo pressupõe a dicotomia entre proteção dos direitos individuais frente ao Estado e a necessidade de satisfação dos interesses coletivos.⁶⁸

Costuma-se afirmar que a Administração Pública possui privilégios especiais e prerrogativas e restrições próprias, distintas do direito privado; conquanto essas prerrogativas elevem a Administração Pública a uma posição de verticalidade e de superioridade, as restrições, sobretudo aquelas pautadas na garantia dos direitos fundamentais, limitam o âmbito de atuação pública – que, quando não observada, gera o desvio de poder funcional.⁶⁹

A questão merece reflexão. Parece incoerente determinar que o servidor público, ao pautar-se pela imparcialidade, deva abrir mão de suas crenças e convicções pessoais para prestar o serviço público e, ao mesmo tempo, demandar do funcionário uma conduta ética segundo o princípio da moralidade.

A consciência e o foro íntimo de convicções, crenças e ideologias são indissociáveis da ideia de ética pessoal. É um tanto problemático, portanto, afastar essa ética pessoal e exigir do servidor a ética profissional.

O próprio Bandeira de Mello afasta as animosidades pessoais do servidor público mas postula que segundo o princípio da moralidade a “Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicaria violação ao próprio Direito”.⁷⁰

Ainda que alguns doutrinadores tentem separar por completo a moralidade administrativa da moral social, o fato é que ambas tem o mesmo nascedouro e para que se possa

⁶⁷ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 114.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 65.

⁶⁹ Ibidem. p. 66.

⁷⁰ Ibidem. p. 119.

falar na validade dessa moralidade é necessário agir juridicamente certo e, também, que esse agir seja compatível com a natureza moral do homem. Assim entende Gilmar Ferreira Mendes:

(...) pode-se dizer que a reverência que o direito positivo presta ao princípio da moralidade decorre da necessidade de pôr em destaque que, em determinados setores da vida social, não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável. Sendo o direito *mínimo ético* indispensável à convivência humana, a obediência ao princípio da moralidade, em relação a determinados atos, significa que eles só serão considerados válidos se forem *duplamente* conformes à eticidade, ou seja, se forem adequados não apenas às exigências jurídicas, mas também a natureza moral.⁷¹

No âmbito do regime jurídico dos servidores públicos, regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, há vedação à objeção de consciência. Com efeito, a norma legal determina que o servidor não pode, por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica e política, eximir-se do cumprimento de seus deveres.

Contudo, é bem de ver que a disposição contrária – ao menos textualmente – uma norma constitucional expressa, que determina a fixação de obrigação alternativa em caso de recusa ao cumprimento de obrigação por motivo religioso.

Dessa forma, não é possível atribuir-se uma solução simplista ao caso, determinando, desde logo, a impossibilidade de uso da objeção de consciência pelos servidores públicos. Não pode a Constituição ser interpretada a partir da lei (o que inverteria a pirâmide jurídica), nem pode um direito fundamental sofrer uma restrição de tal monta que acabe por anulá-lo, especialmente quando houver, nas circunstâncias do caso concreto, possibilidade de solução menos prejudicial ao destinatário do direito.

TÉCNICA DE PONDERAÇÃO COMO CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DE VALIDADE DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA.

O JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE: ELEMENTOS TEÓRICOS.

Diante do conflito de consciência ético do servidor público frente à supremacia do interesse público e ao próprio serviço público final – a ser prestado em benefício de alguém ou da coletividade –, não parece adequado que lhe seja negado em todos os casos o seu direito

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 835.

de consciência e nem tampouco que lhe seja permitido em todas as ocasiões descumprir norma legal a todos imposta.

Trata-se, a toda evidência, de um conflito entre valores jurídicos – e, frequentemente, entre direitos fundamentais, já que, no Brasil, dada a extensão da norma constitucional, a maior parte dos serviços públicos existem em função da realização de preceitos constitucionais.

Robert Alexy entende que quando há aparente questão de conflito de princípios de mesma hierarquia, como parece ser o caso, há de se sopesar a solução mais benéfica em sua aplicação concreta.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.⁷²

O método da ponderação, portanto, é uma técnica utilizada para sobrepesar dois ou mais princípios constitucionais. Assim, quando dois princípios colidem é preciso considerar o peso que cada um exerce diante da situação em concreto. Nestes termos, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma:

Quando os princípios interferem uns nos outros, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo indagações sobre quão importante é um princípio numa situação observada. Não se resolvem os conflitos entre princípios, tomando um como exceção do outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.⁷³

A ponderação de Alexy faz uso de três subprincípios⁷⁴, quais sejam, a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses testes são realizados argumentativamente, de modo a buscar a solução correta para o caso concreto, estabelecendo-se, a partir de então, uma regra de precedência condicionada: sempre que se repetirem as causas

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. pp. 93-94.

⁷³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009. p. 146.

⁷⁴ ALEXY, Robert. Op. cit. p.117.

analisadas, a solução a ser empregada há de ser idêntica. Na formulação do autor, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.⁷⁵

Dessa forma, quando há conflitos entre dois princípios, primeiramente deve realizar-se o teste da adequação, que busca responder se a medida empregada resulta na finalidade que se almeja.

O exame da adequação pressupõe que se fixe o objetivo do ato que opera a interferência sobre um direito fundamental.(...) Limita-se a Corte Constitucional a verificar se a medida é objetivamente apta para produzir o efeito que se infere ser o almejado, ainda que não seja o melhor. A possibilidade de erro de prognóstico é levada em conta, admitindo-se como adequada medida legislativa que se mostre ao menos parcialmente adequada. Basta que a medida possa *ajudar* o resultado pretendido.⁷⁶

A segunda parte da ponderação consiste em averiguar se a medida empregada é necessária, se existem outros meios menos gravosos para se chegar ao resultado pretendido. Trata-se, pois, de testar se o meio utilizado é realmente necessário ou se há alguma outra opção mais benéfica, nas palavras de Paulo Gonet:

O princípio da necessidade não impõe a forma como um princípio será satisfeito, apenas rejeita o meio mais danoso ao princípio concorrente, quando cotejado com outra providência apta para obter resultados análogos.⁷⁷

Em outras palavras, se o fim que se pretende alcançar puder ser feito por uma medida que ao mesmo tempo se mostra “adequada e menos onerosa”⁷⁸ significa que o meio empregado não é necessário, isso porque “o que é necessário não pode ser inadequado”⁷⁹.

A terceira fase da ponderação, a que só se alcança se passadas as duas anteriores, é a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste especialmente em deduzir o “caráter principiológico das normas de direitos fundamentais”⁸⁰.

⁷⁵ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 99.

⁷⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 173.

⁷⁷ Ibidem. p. 175.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 332.

⁷⁹ Ibidem. p. 332.

⁸⁰ ALEXY, Robert. Op. cit. p.118.

A proporcionalidade em sentido estrito nada mais é que a máxima de sobrepesar os princípios. Em outras palavras, a “máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento da ponderação”⁸¹.

Segundo Gilmar Mendes “a proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (Stimmigkeitskontrolle), indicando a justeza da solução encontrada”⁸². Ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito será realizada sempre que a colisão passar pelos testes de adequação e necessidade, como um filtro que tende a correlacionar vantagens e consequências dos direitos e dos princípios conflitantes. Trata-se na verdade de saber identificar o “grau de importância das consequências jurídicas”.⁸³

Essa proporcionalidade em sentido estrito se faz em três momentos. A primeira consiste na apuração do grau de satisfação e não satisfação do direito em confronto; a segunda etapa cuida de verificar “em que medida os princípios são afetados no caso concreto, um negativa e outro positivamente”;⁸⁴ no terceiro momento é apurada a importância de se satisfazer o princípio que justifica o outro princípio ter sido preterido, ou seja “verifica-se se a importância da satisfação do princípio que opera em sentido contrário justifica o dano ou a não-satisfação do outro”.⁸⁵

Destarte, diante dos casos concretos que envolvam o conflito entre a liberdade de consciência em face de outro direito fundamental – subjacente, no caso concreto, à supremacia do interesse público, devem ser realizados os testes do princípio da proporcionalidade.

QUATRO CASOS HIPOTÉTICOS: COMO A PROPORCIONALIDADE DEVE CONDUZIR A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO.

Feita a introdução teórica, pode-se passar a analisar certas tipologias de objeção de consciência. Para tanto – e com a finalidade de extrair, por indução, algumas consequências jurídicas que sejam geralmente aplicáveis à objeção de consciência do servidor público, realiza-se a análise de casos hipotéticos – embora todos com forte conexão com a prática jurídica – ,

⁸¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 176.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 333.

⁸³ JÚDICE, Mônica Pimenta. *Conflitos no Direito: Robert Alexy e suas teorias sobre os princípios e regras*. *Revista Consultor Jurídico*, (1-5), 2 de Março de 2007. p. 2.

⁸⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 180.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 180

nos quais se possa vislumbrar distintas circunstâncias que modificam o emprego da proporcionalidade.⁸⁶

O caso do aborto.

Inicialmente, suponha-se que o aborto venha a se tornar um direito assegurado às mulheres, direito à saúde constitucionalmente tutelado, e o Sistema Único de Saúde passe, em consonância, a impor que o médico público faça tal procedimento.

Questiona-se: esse médico público, vinculado as normas e interesses da administração, poderá recusar-se a realizar tal procedimento amparado pela objeção de consciência?

Primeiramente é necessário entender qual a colisão de direito existente. Nesse caso, o direito fundamental a liberdade de consciência *versus* o princípio do maior interesse público – que, na hipótese, funcionaria como um espelho (ou uma seta) pelo qual se chega ao direito da paciente, ou seja, o direito à saúde (em sentido amplo) da gestante.

Depois, é preciso que essa colisão de direitos em sentido amplo passe pela ponderação, cuja a primeira fase é saber se obrigar tal servidor a ir contra suas convicções religiosas e morais é o meio adequado para chegar-se ao fim desejado (que o aborto seja praticado em determinada paciente que teria esse direito assegurado).

Nesse caso, nota-se que a resposta a essa primeira etapa é positiva; ou seja, obrigar que o médico faça o aborto, ainda que abrindo mão de suas convicções de foro íntimo, é um meio adequado para assegurar o cumprimento da norma do SUS.

Passa-se então para a segunda fase da ponderação, que consiste em verificar a necessidade da medida. Esse é o momento em que se busca perceber se existe outro meio mais adequado e menos gravoso para se chegar a determinada resposta.

Logo, a pergunta nessa segunda fase de ponderação para o caso em concreto consistiria em saber se existiria, no caso concreto, algum outro meio que não fosse obrigar esse médico

⁸⁶ Esta técnica, embora talvez um pouco inusual, pode ser extremamente frutuosa, porque, por indução, permitirá a extração de certas consequências com maior âmbito de generalidade. Recorde-se, porém, que não se trata de método estranho à ciência do direito ou à filosofia política. Dworkin, por exemplo, emprega a mesma técnica quando trata de casos hipotéticos confrontando os seus juízes-paradigma Herbert e Hércules. Vide: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

público a abrir mão de suas convicções religiosas, garantindo-lhe o direito a liberdade de consciência e assegurando-lhe a objeção de consciência, para que o aborto fosse realizado.

Aqui, abre-se espaço para diversas considerações de ordem prática. Há na unidade médica, ou em unidade na mesma localidade, outro servidor habilitado que não tenha conflito de consciência para com a prática do aborto? Esse médico está disponível para fazer o procedimento de aborto? No caso de respostas afirmativas para essas duas últimas questões, o teste da necessidade seria negativo, ou seja, não seria necessário que se obrigasse determinado médico que deseja usufruir do seu direito à objeção de consciência a realizar o procedimento abortivo que lhe fere a ética, pela disponibilidade de outro.

Nessa mesma ordem de questões entram outras variáveis, que somente podem ser apreciáveis no caso concreto: a possibilidade de transferência da paciente para outro local e os custos administrativos desse procedimento; a possibilidade de encaminhamento da paciente a uma unidade particular de saúde, com ressarcimento pelo Sistema Único de Saúde; o deslocamento de equipe médica de outra localidade.

Todas essas variáveis influem na resposta da questão acerca da necessidade – e, em alguns casos, importam em novo juízo de proporcionalidade específico, como na apreciação dos custos envolvidos, por exemplo, em que se afere o prejuízo à eficiência administrativa.

Mas e se as respostas a todas essas questões forem negativas? Então, nesse caso, deve-se passar para o teste da proporcionalidade em sentido estrito, buscando saber se existe um equilíbrio entre os danos causados e as vantagens alcançadas, medindo se o grau de importância do fim justifica a restrição do direito fundamental e se as vantagens do fim são proporcionais à restrição do direito fundamental imposta.

O meio utilizado nesse caso, qual seja, negar ao servidor público o direito fundamental à liberdade de consciência, parece ser desproporcional ao fim almejado que é o hipotético direito ao aborto da paciente.

Com efeito, de um lado se encontra toda a consciência e o pesar moral do médico, que para o resto da vida carregará o trauma psicológico de ter agido em desconformidade com sua consciência e se acusará de ter praticado um ato que, em sua consciência, equivale a homicídio.

Do outro lado, existe uma mulher que por algum motivo (presumidamente grave) pretende interromper a gestação, mas que – supondo um caso que não envolva risco de vida aumentado para a mãe – suportaria prejuízos menos elevados (notadamente em relação aos danos pessoais) do que aqueles que seriam infligidos ao médico: de fato, a paciente pode buscar soluções alternativas (medicina privada, ainda que sem ressarcimento posterior), nosocômios em outras localidades, mesmo que distantes, e, no limite, até mesmo pode esperar até o fim da gestação para entregar a criança à adoção, se for o caso, o que objetivamente presume-se causar menor desconforto psicológico do que ao médico que, em sua consciência, estivesse a desempenhar um ato de homicídio.

Logo, ao fazer essa ponderação, no caso hipotético apresentado parece ter maior peso a objeção de consciência, pois sua supressão acarretaria em consequências mais severas do que a não realização do aborto ou ao trabalho que a paciente enfrentaria (e, possivelmente, o dispêndio de recursos privados) para encontrar profissional que aceite realizar o procedimento sem conflitos de consciência.

O caso do militar arrependido.

Caso inteiramente distinto será o do servidor público que tenha como atribuição principal do cargo público justamente a conduta que – para si – é violadora de sua consciência.

Pense-se, embora seguramente se trate de uma hipótese pouco verossímil, no militar de carreira (oficial do exército, por exemplo) que, depois de um evento pessoal de grande significado – uma epifania, uma conversão religiosa – adere a uma perspectiva não-violenta de vida, recusando qualquer forma de violência e de guerra.

A carreira – voluntariamente escolhida – à qual se vincula este personagem é inteiramente relacionada ao cumprimento do dever de defesa do País em situações de guerra e de violência interna ou internacional. Seu treinamento é feito com armas, com o planejamento estratégico, tático e operacional que visa à destruição do inimigo.

Trata-se de uma incompatibilidade radical, portanto. Nesse caso, suprimir o direito à objeção de consciência é meio absolutamente necessário e indispensável para que o militar prossiga a sua carreira, sob pena de que o Estado se veja obrigado a remunerar um servidor que não lhe será útil em absoluto para os fins específicos de seu regime jurídico.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, parece evidente que a preservação do direito de consciência, nesse caso, não seria acidental em relação ao vínculo normal do cargo, mas importaria num prejuízo de extensão máxima quanto ao próprio servidor, porquanto retire do plexo de atribuições do cargo a sua parte mais relevante – uma espécie de aposentadoria em plena atividade; assim, o dano suportado pela União será mais extenso do que aquele preço que o servidor deve pagar no caso concreto – a supressão da objeção de consciência ou a coerente escolha pela exoneração.

O caso da transfusão de sangue.

Outra hipótese de grande interesse acadêmico seria a do médico que, por aderir a determinada corrente religiosa, entende que a transfusão de sangue seja um ato que inflige um dano supremo ao paciente (e ao próprio executor), em virtude da perda de sua alma imortal⁸⁷ – razão pela qual se recusa a fazer o procedimento, mesmo em terceiros.

Tome-se por pressuposto que, no caso em exame, a transfusão de sangue seja indispensável e insubstituível para que o paciente tenha chances de continuar vivo – ainda que não seja, por si, suficiente para assegurar um prognóstico favorável.

O roteiro da objeção de consciência segue um parâmetro aproximado com o da hipótese de aborto. Em primeiro lugar, supera-se o teste de adequação, com resultado afirmativo, porque a supressão da objeção de consciência é meio adequado para a preservação da vida do paciente.

Em segundo lugar, chega-se ao teste da necessidade. Aqui, seria necessário aferir a existência, na localidade, de outros médicos que não fossem contrários à prática da transfusão de sangue. Do mesmo modo, diversas outras variáveis poderiam ser consideradas: proximidade de outros serviços de saúde, existência de rede privada disponível, etc. No entanto, em todos esses casos, duas circunstâncias são relevantes para verificar o subprincípio da necessidade: a emergência da situação e o risco de vida para o paciente.

⁸⁷ Segundo Estevam Dedalus Pereira de Aguiar MENDES: “A transfusão de sangue, por outro lado, é tratada como desvio gravíssimo. A desassociação nesse caso é inamovível. Do ponto de vista teológico, seria assinar a própria destruição. É importante esclarecer que as Testemunhas de Jeová abonam a ideia que os mortos ressuscitarão para viver no paraíso, ao lado dos sobreviventes do Armagedom – o que seria negado a quem desobedece a essa norma”. In: **Quebrando as regras: um estudo sobre Testemunhas de Jeová desassociadas**. Dissertação de Mestrado. João Pessoa: UFPB/CCHLA, 2012. Disponível em <http://tede.biblioteca.ufpb.br/bitstream/tede/7311/1/arquivototal.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2016.

Isso porque o conflito entre direitos fundamentais deve privilegiar, sempre que possível, soluções que não anulem inteiramente um dos princípios – como pode ocorrer, no caso em análise, com o direito à vida.

Finalmente, se atingisse o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a balança se inverte em relação ao caso do aborto: os danos causados ao paciente – sua presumida morte – são mais rigorosos, *a priori*, do que o conflito de consciência (ainda que grave) provocado no médico público.

Desse modo, a ordem jurídica não referendaria a objeção de consciência – porque, no caso concreto, haveria, em linha de princípio, prevalência da preservação da vida do paciente – que deve ser promovida pelo Estado e pelo serviço de saúde, e que se revela como valor mais elevado à ordem jurídica do que o conforto psicológico do médico objeto.

O caso do tabelião conservador.

O último caso que é sugerido para verificar o sopesamento da objeção de consciência e da supremacia do interesse público, associada aos direitos fundamentais dos clientes do serviço público, é aquele em que o tabelião, servidor público, se recusa a celebrar (ou a promover o registro) de um casamento homoafetivo.

No Brasil, o casamento para pessoas do mesmo sexo foi assegurado pela conjugação da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277⁸⁸ e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132⁸⁹, com ato do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 175, de 14 de maio de 2013, que impôs aos tabeliões de todo o país a obrigação de realizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

E se esse servidor público, tabelião, recusar-se a proceder o casamento em seu estabelecimento cartorário por objeção de consciência religiosa? Uma vez mais se faz necessário observar as normas de ponderação entre o conflito da liberdade de consciência *versus* a supremacia do interesse público.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico nº 198, de 13/10/2011.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. . Brasília: Diário da Justiça Eletrônico nº 198, de 13/10/2011.

Primeiramente, negar ao servidor o direito à objeção de consciência para o cumprimento da resolução do CNJ, *prima facie*, mostra-se adequado, porque o meio é eficaz para se atingir o fim.

Entretanto, necessário observar se não existe outro meio menos oneroso e mais benéfico para se atingir o que é almejado. Nesse ponto cabe a indagação: poderiam os noivos escolher se casar em qualquer cartório? Essa escolha importaria em um incremento desarrazoado dos custos de preparação da cerimônia?

De acordo com a legislação atualmente em vigor, os noivos obrigatoriamente devem dar entrada no processo de habilitação no cartório onde residem, mas o casamento pode ser perante qualquer tabelião (ou juiz de paz), sem que essa transferência implique em um custo adicional⁹⁰. Assim, em linha de princípio, a objeção poderia ser referendada pelo subprincípio da necessidade.

Contudo, outros fatores podem surgir: se o cartório for o único da cidade de residência de ambos os nubentes, pode não ser razoável exigir que realizassem o casamento em outra cidade para satisfazer ao reclames de consciência do oficial. Ou, por hipótese, suponha-se que a lei impusesse a realização do casamento perante aquele tabelionato.

Nesses casos, seria necessário ir adiante para se alcançar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, sem embargo de opiniões pessoais, parece que o bem preponderante é a prestação do serviço.

Diferentemente dos casos anteriores, em que se exige um ato pessoal concreto do servidor público (proceder ao aborto, manejar armas, fazer a transfusão de sangue), o presente caso demanda apenas que o delegatário da função pública reconheça os efeitos de um ato alheio. De fato, não é em virtude de seu ato pessoal e concreto que o mal de consciência ocorrerá – mas por força de uma união alheia, que lhe parece ilegítima, a que o Estado decidiu atribuir valor jurídico.

⁹⁰ Nesse sentido, a Lei de Registros Públicos, em seu artigo 67, §6º, dispõe que “quando o casamento se der em circunscrição diferente daquela da habilitação, o oficial do registro comunicará ao da habilitação esse fato, com os elementos necessários às anotações nos respectivos autos”. BRASIL, Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Diário Oficial da União de 31/12/73, p. 13528. Brasília: Imprensa Nacional, 1973. No mesmo sentido, vide: http://www.serjus.com.br/cartoriofacil/registro_civil_das_pessoas_naturais_casamento.htm

Assim, tomando o pressuposto de não haver, no caso concreto, outro meio menos prejudicial, o mal que se inflige ao tabelião – um mero ato de registro ou a celebração formal de um casamento – não é tão elevado, quando comparado com a privação do direito dos nubentes ou a obrigatoriedade de deslocamento para outra cidade (conforme as circunstâncias exemplificadas).

Não obstante, entende-se que seria possível ao registrador delegar a atribuição a um substituto, ou mesmo ressaltar a sua opinião discordante (cumprindo a lei como mero executor, portanto), por meio de algum tipo de ressalva de consciência a ser aposta antes de sua assinatura, de modo tal que a objeção de consciência, enquanto uma opinião moral, fique preservada, ainda que não seja possível lhe dar plena efetividade no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Expostos os casos-tipo, é possível extrair algumas considerações acerca do estatuto jurídico da objeção de consciência do servidor público, especialmente diante de conflitos que envolvam a preservação de direitos fundamentais de pessoas que dependam da prestação dos serviços públicos afetados.

Em primeiro lugar, é bem de se ver que o princípio da necessidade é de enorme importância para a solução desses problemas. Isso porque a violação da objeção de consciência deve ser vista como *ultima ratio*, manejada apenas e tão-somente naquelas hipóteses em que não seja possível encontrar uma solução de acomodação satisfatória.

Diante disso, certamente é possível dizer que há uma prevalência *a priori* do direito à objeção de consciência – ao contrário do que induz a leitura fria do texto do Estatuto dos Servidores Públicos da União –, já que apenas residualmente será estritamente necessário impor ao servidor público que atue contrariamente à sua consciência, notadamente nos casos em que a sua atuação seja, no caso concreto, absolutamente necessária e insubstituível, e que a providência em questão se dê para assegurar direito, bem ou interesse de maior relevo do que a própria objeção de consciência.

Essa prevalência, no entanto, não tem lugar quando a objeção não diga respeito a alguma parte acidental das atribuições do cargo, mas ao seu próprio núcleo essencial – porque, nesses

casos, é evidente que há incompatibilidade dos valores de consciência do servidor em relação àqueles ordinariamente exigidos pela Administração para a função exercida.

Se alguém se candidatasse, por exemplo, ao cargo de carrasco nas guilhotinas de um processo revolucionário violento, não poderia dizer que se opõe em consciência à pena de morte – embora pudesse talvez objetar alguma execução em concreto, por motivo justificado.

O critério da necessidade também é importante para que se tenha em mente que a objeção de consciência encerra uma relação entre o servidor e sua Administração, sendo o terceiro um mero interessado (que pode ser prejudicado no caso concreto). Com efeito, o destinatário do serviço público não deixa de titularizar um direito, em tese, devido à objeção de consciência do funcionário público.

É um erro, portanto, sob o ponto de visto jurídico, antagonizar, por exemplo, a paciente que busca o aborto (nos casos permitidos) e o médico público que se recusa a fazê-lo. Entre os dois, há um intermediário indispensável, o Estado – que é devedor da paciente, mas não é necessariamente credor do médico, no caso concreto.

Assim, é sempre necessário buscar uma solução de acomodação que permita o exercício do direito pelo seu destinatário, sem que isso importe na violação da consciência do servidor público – desde que isso seja possível.

Nos casos em que não seja possível a acomodação dos interesses contrapostos (em outras palavras, nos casos em que o teste do subprincípio da necessidade for superado e seja necessário seguir para o teste da proporcionalidade em sentido estrito), é necessário descer à análise dos benefícios e prejuízos em concreto a fim de aferir a solução mais adequada para o caso. Não há direitos absolutos, nem ao serviço público em si, nem à objeção de consciência.

O beneficiário do serviço público é credor do Estado, e não do servidor em concreto. Ademais, pode exigir a prestação material ou jurídica, mas, em regra, não tem o direito de escolher o tempo e modo como o Estado fará essa satisfação – circunstâncias que estão sujeitas a uma miríade de variáveis, inclusive a limitações relacionadas às possibilidades de fato (o que se convencionou chamar de *reserva do possível*).

Por outro lado, o servidor em objeção de consciência pode sofrer as sanções pertinentes se – diante de uma situação grave e em que não se mostre possível ou razoável nenhuma solução alternativa – deixar de atuar de ofício, porque sua omissão será inconstitucional em concreto.

Evidentemente, não é simples determinar qual valor será preponderante naquelas hipóteses em que a colisão de princípios deva ser resolvida com base na lei da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito). O enunciado dessa técnica diz que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação [prejuízo] de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.⁹¹

Alexy reconhece que não há um único resultado possível, mas um certo grau de discricionariedade estrutural, de moldura que estabelece limites, mas não impõe uma determinada solução⁹². O que confere estabilidade ao sistema é a regra de precedência – já referida acima – segundo a qual, uma vez estabelecida a norma no caso concreto, todos os demais casos de mesmo suporte fático devem receber a mesma solução.

Em três dos casos hipotéticos narrados, a solução seria mais simples. No caso do militar, o grau de afetação à consciência exigido é alto, mas o prejuízo pela não realização do interesse público é bastante mais significativo; do mesmo modo, no caso da transfusão de sangue, a não-preservação da consciência é bastante menos grave do que o resultado (morte) para um terceiro, que nem adere aos mesmos princípios religiosos.

O caso do casamento homoafetivo, em regra, resolver-se-ia pelo critério da necessidade. Contudo, se se chegasse, por qualquer razão, ao sopesamento em sentido estrito, a solução tampouco será tão árdua. O grau de sacrifício à consciência, no caso, é leve – porque não impõe a prática efetiva de um ato pessoal, mas o mero registro de um ato de terceiros do qual se discorda –, enquanto o prejuízo pela não-realização das bodas seria de intensidade maior.

Finalmente, o caso do aborto parece o de maior dificuldade. Há presumidas razões graves que amparam os dois princípios em colisão – e a proposta de solução formulada aqui certamente poderia ser alvo de críticas, embora pareça efetivamente valorar de modo adequado os graus de dano e benefícios esperados para a hipótese.

⁹¹ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 593.

⁹² Ibidem. p. 594.

Essa variabilidade demonstra que o critério do sopesamento pode encontrar soluções não apenas racionais – mas com um grau de aceitabilidade razoável.

Outro aspecto que convém destacar, alfim: naqueles casos em que a objeção de consciência não possa prevalecer, pelas razões já citadas, é necessário ao menos respeitar a posição do servidor objetor, oferecendo – se e quando possível – soluções de acomodação paliativas em seu favor, como o registro formal da discordância, como no caso hipotético do tabelião.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Volume II. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. **Suma Teológica**. Volume IV. 2ª edição. São Paulo: Edições Loyola. 2010.

_____. **Suma Teológica**. Volume III. 2ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

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

BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência, restrições aos direitos políticos e fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília: Senado, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico nº 198, de 13/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. . Brasília: Diário da Justiça Eletrônico nº 198, de 13/10/2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Resolução sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça. In: **Newsletter MERCOJUR STF Internacional**. Edição de maio de 2013. Disponível em:<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515>. Acesso em 25 de junho de 2016.

CABRAL, Alex Ian Pasarski. *A proteção Internacional ao Direito à Liberdade de Consciência: o Sistema da ONU e o Sistema Europeu de proteção aos Direitos do Homem*. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, volume 5, 2009 (01-33).

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CARDOSO, Soraia; PAMPLONA, Raquel. *Os novos contornos do direito de objeção de consciência*. In: **CEDIS Working Papers: Direito, Estado e Religião**, nº 3, julho de 2015 (01-29).

CHIASSONI Pierluigi. *Liberdade e objeção de consciência no Estado Constitucional*. In: ASENSI, Felipe Dutra. PAULA, Daniel Giotti de (coords.). **Tratado de Direito Constitucional: Constituição, política e sociedade**. Volume 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014 (84-103).

COLON, Leandro. VIANNA, Andrea Jubé. Juiz de GO anula união gay e caso volta ao STF. In **O Estado de São Paulo**. São Paulo, edição de 20 de junho de 2011, seção Geral, p. 16.

DALRYMPLE, Theodore. **Our culture, what's left of it**. Londres: Monday Books, 2010. Ebook Kindle.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

EDITORA ABRIL. **Veja.com**. Médico polonês que se negou a realizar aborto por razões religiosas é absolvido. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/medico-polones->

que-se-negou-a-realizar-aborto-por-razoes-religiosas-e-absolvido. Acesso em 20 de junho de 2016

EDITORA ABRIL. **Veja.com**. EUA: Tabela que negou licença de casamento a gays é presa por desacato. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/eua-tabela-que-negou-licenca-de-casamento-a-gays-e-presa-por-desacato>. Acesso em 3 de março de 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US SUPREME COURT. **David A. Zubik et al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.** 14-148 578 US _____. Sumário de decisão disponível em: http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-1418_8758.pdf. Acesso em 27/6/2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Juvenal Savian. O Tomismo e a Ética: uma ética da consciência e da liberdade. *in*: **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo- 2008; 2(2): 177-184.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Fonte: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em 3 de março de 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JAPIASSU, Hilton. MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi**. Trad. da 2ª ed. alemã. Milão: Società Editrice Libreria, 1912.

JÚDICE, Mônica Pimenta. *Conflitos no Direito: Robert Alexy e suas teorias sobre os princípios e regras*. **Revista Consultor Jurídico**, (1-5), 2 de Março de 2007.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito Administrativo**. 7ª . ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

KANT, Immanuel. **Resposta a pergunta: Que é esclarecimento? Textos Seletos**. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito a Liberdade Religiosa: Tempestade Perfeita? Hostilidade à Liberdade Religiosa no Pensamento teórico-jurídico*. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira e SORIANO, Aldir Guedes (cords). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XX**. Belo Horizonte: Fórum, 2009 (113-155).

MARASCHIN, Claudio. Serviço militar obrigatório: apontamentos preliminares sobre a objeção de consciência. **Revista Síntese Trabalhista**, nº 115. Janeiro 1999 (37- 48).

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira e SORIANO, Aldir Guedes (cords). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XX**. Belo Horizonte: Fórum, 2009 (113-155).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Vico Denis S. de; DONATO, Manuella Riane A. O Pensamento Iluminista e o Desencantamento do Mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático. In: UFAL. Programa de Pós Graduação em História. **Revista Crítica Histórica**, Ano II, n. 4, Dezembro/2011 (248-264).

MENDES, Estevam Dedalus Pereira de Aguiar. **Quebrando as regras: um estudo sobre Testemunhas de Jeová desassociadas**. Dissertação de Mestrado. João Pessoa: UFPB/CCHLA, 2012. Disponível em <http://tede.biblioteca.ufpb.br/bitstream/tede/73111/1/arquivototal.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Discurso Proferido em 25.5.2009 na Embaixada da República Federal da Alemanha por Ocasão dos 60 Anos da Lei Fundamental de Bonn**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>. Acesso em 26 de junho de 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). ASSEMBLEIA GERAL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Artigo 18. Fonte: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2016.

PAÇO, Sandra. Breve reflexão sobre a objeção de consciência. **Revista Salutis Scientia: Revista de Ciências da Saúde da ESSCV**. Lisboa Vol.5. Julho 2013 (40-50).

Pe. RIVAUX. **Tratado de História Eclesiástica**. Volume 2. Brasília: Pinus, 2011.

PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, IDP, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e relação de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Diogo Pereira da. *As perseguições aos cristãos no Império Romano (séc. I-IV): dois modelos de apreensão*. **Revista Jesus Histórico**, v. 7, pp. 29-44, 2011.

SÓFOCLES. **Antígona**. tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L& PM, 2011. Kindle book.

A ESCOLHA DOS ADMINISTRADORES REGIONAIS DO DISTRITO FEDERAL ATRAVÉS DE ELEIÇÃO DIRETA E A OBSERVÂNCIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL

THE DIRECT ELECTION OF ADMINISTRATIVE REGIONAL AUTHORITIES AND THE CONSTITUTIONAL PROVISIONS

Newton Flávio de Oliveira Temoteo

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Estadual n. 2013.00.2.016227-6 a partir de conceitos teóricos do Direito Constitucional no que se refere ao problema da falta de regulamentação de participação popular na escolha dos Administradores Regionais do Distrito Federal exigida pela Lei Orgânica. Especificamente, busca delinear se a participação popular através da eleição direta seria compatível com a ordem constitucional. Para tanto, necessário se faz verificar se a vontade do poder constituinte decorrente, na LODF, ao exigir participação popular, era inserir a eleição direta como forma de escolha dos Administradores Regionais, tendo em vista os princípios contidos na Constituição Federal.

Palavras-chave: LODF. Participação Popular. Eleição direta. Administradores Regionais.

ABSTRACT

The present study aims to analyse "Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 2013.00.2.016227-6" on the grounds of Constitutional Law's concepts regarding the absence of legislation about the popular indication of the administrative regional authorities, as per the definition of the LODF and the Federal Constitution. Therefore it aims to study if the direct elections is compatible with the constitutional provisions and principles.

Keywords: LODF. Popular Indication. Direct Elections. Administrative Regional Authorities.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a estudar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Estadual n. 2013.00.2.016227-6, buscando compreender em que medida a

participação popular através da eleição direta para Administradores Regionais das Regiões Administrativas do Distrito Federal seria compatível com o ordenamento constitucional.

Para a obtenção dos dados foi utilizada a pesquisa dogmática-instrumental de fontes bibliográficas e eletrônicas de doutrina, jurisprudência e legislação, bem como a técnica de estudo de caso.

No primeiro capítulo será feita uma análise pormenorizada da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Estadual e, em seguida, serão abordados os demais assuntos que possuem pertinência com o caso em estudo, mormente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2558 julgada pelo Supremo Tribunal Federal e a minuta do Projeto de Lei elaborado pelo atual Chefe do Executivo do Distrito Federal, o qual prevê a eleição direta para Administradores Regionais e se encontra disponível para consulta virtual.

Não será analisada, contudo, a falta de regulamentação do dispositivo que prevê os Conselhos de Representantes Comunitários. No entanto, isso não significa que não sejam feitas eventuais menções acerca de tais Conselhos, uma vez que o assunto é ligado ao tema e se faz importante citá-lo para melhor compreensão do objeto em estudo.

Em seguida, no segundo capítulo, será abordada a doutrina trazendo os principais pontos acerca do Estado federal a fim de enfatizar a autonomia que os seus entes possuem, principalmente quanto à competência legislativa dos Estados-Membros e do Distrito Federal e às normas que essas unidades federadas devem observar. Posteriormente, ainda nesse capítulo, será feita uma comparação entre os Municípios e as Regiões Administrativas do Distrito Federal.

Por fim, no terceiro capítulo, com base nos relatos iniciais e no arsenal teórico expostos nos capítulos antecedentes, busca-se unir de forma harmoniosa esses dois pontos para se chegar à hipótese do problema que é saber se há compatibilidade da eleição direta dos Administradores Regionais do Distrito Federal com a ordem constitucional e, caso não seja compatível, determinar qual o meio adequado para suprir a ausência de regulamentação de dispositivo que o Supremo Tribunal Federal não entende ser inconstitucional.

O tema em estudo se mostra relevante para o momento atual, uma vez que a Lei Orgânica prevê a participação popular na escolha dos Administradores Regionais do Distrito Federal e até agora não foi adotada uma posição política que atenda à ordem constitucional.

Desse modo, espera-se que o presente estudo venha a colaborar para o debate acadêmico acerca de tão importante questão para a comunidade do Distrito Federal, que exige dos poderes competentes solução premente e adequada às previsões legais insertas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1 ANÁLISE DA FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ESCOLHA DOS ADMINISTRADORES REGIONAIS

O poder constituinte originário, na elaboração da Constituição Federal de 1988, tratou acerca da eleição do Governador, Vice-governador e dos Deputados Distritais (art. 32, § 2º, da CRFB) – no tocante ao Poder Executivo e Legislativo do Distrito Federal –, bem como dos Deputados Federais e Senadores (arts. 45 e 46, da CRFB) – relativos ao Poder Legislativo Federal. No entanto, não contemplou as figuras dos Administradores Regionais das Regiões Administrativas do Distrito Federal, nem mesmo a forma de escolha.

Na elaboração da Lei Orgânica do Distrito Federal, o legislador constituinte distrital consignou que uma lei infraconstitucional regulamentaria a forma de participação popular no processo de escolha dos Administradores Regionais e determinou que cada Região Administrativa tivesse um Conselho de Representantes Comunitários. Nesse sentido, prevê a Lei Orgânica:

Art. 10. O Distrito Federal organiza-se em Regiões Administrativas, com vistas à descentralização administrativa, à utilização racional de recursos para o desenvolvimento socioeconômico e à melhoria da qualidade de vida.

§ 1º A lei disporá sobre a participação popular no processo de escolha do Administrador Regional.

[...]

Art. 12. Cada Região Administrativa do Distrito Federal terá um Conselho de Representantes Comunitários, com funções consultivas e fiscalizadoras, na forma da lei.

Embora a Lei Orgânica tenha previsto a participação popular para a escolha dos administradores regionais, o que ocorre no caso concreto é diferente. Atualmente, o chefe do

Poder Executivo local realiza tal escolha, isso porque ainda não houve regulamentação do dispositivo que prevê a participação popular.

1.1 Lei Distrital nº 1.799/97 - Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2558

Na tentativa de atender ao disposto no art. 10, § 1º da Lei Orgânica do Distrito Federal, a lei distrital nº 1.799/97 dispôs sobre a participação popular na escolha dos Administradores Regionais. Em seu art. 1º, a lei distrital dispunha que estes seriam escolhidos pelos Deputados Distritais, após mensagem do Governador do Distrito Federal que encaminharia o nome do candidato indicado mediante lista tríplice enviada por representante de cada Região Administrativa:

Art. 1º Os Administradores Regionais serão escolhidos pelos Deputados Distritais, representantes da população do Distrito Federal, mediante apreciação de mensagem do Governador, que encaminhará o nome do candidato acolhido de lista tríplice enviada por entidade representativa de cada Região Administrativa.

Parágrafo único. Até a formalização da escolha, o Governador poderá nomear Administrador Regional interino.

O inteiro teor da Lei nº 1.799 e o art. 10, § 1º, da LODF foram objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2558, que teve como requerente o Governador do DF, o qual sustentou terem tais dispositivos criado um processo eleitoral e municipalizado o Distrito Federal.

Por ocasião do julgamento, em 26 de maio de 2010, o Supremo Tribunal Federal, unanimemente, decidiu em parte prejudicado o pedido, uma vez que a Lei nº 1.799/97 – elaborada por parlamentar – foi totalmente revogada pela Lei nº 2.861/01; e improcedente, por maioria, quanto ao § 1º do art. 10 da Lei Orgânica, sob o fundamento de que as Regiões Administrativas do Distrito Federal não possuem autonomia política, administrativa e financeira; e não passariam a ter somente por prever sobre a participação popular na escolha dos administradores.

O Ministro Relator Cezar Peluso, em seu voto, asseverou que a simples previsão genérica de participação popular na escolha dos Administradores Regionais, ao teor do art. 10, § 1º, da LODF, não feriria a Constituição Federal. Julgou, ainda, inconsistente a alegação de que tal artigo transformaria os Administradores em Prefeitos eleitos pelo voto popular, e falou,

por ter sido sugerido que a participação popular converteria o processo de indicação de administradores em pleitos eleitorais (BRASIL, 2010, p. 6).

É importante destacar o voto dissidente do Ministro Marco Aurélio, em relação ao § 1º do art. 10 da LODF. O Ministro alegou que a participação popular cerceava a liberdade de escolha dos Administradores Regionais, visto que a Constituição Federal de 1988 assegura a autonomia governamental do Chefe do Poder Executivo:

Presidente, embora todo poder emane do povo, há mesclagem imprópria sob o ângulo constitucional a implicar cerceio à liberdade de escolha dos servidores – administrados pelo Executivo.

Por isso, peço vênua a Vossa Excelência – e raciocino em termos da demais unidades da Federação, dos demais Estados e leis que porventura possam surgir – para assentar que, ante o texto constitucional, ante a autonomia governamental do Chefe do Poder Executivo, assegurada pela Carta da República, o dispositivo atacado se mostra discrepante dessa mesma Carta. (BRASIL, 2010, p. 8)

Ao final dos votos, os Ministros debateram acerca do preceito que prevê a participação popular e de possíveis efeitos concretos de uma lei distrital que viesse regulamentar o dispositivo disciplinador da participação popular na eleição dos Administradores Regionais. Nessa discussão, ficou alinhavado que a opinião popular pode ser meramente consultiva, mediante audiências públicas preliminares; que se aguarde uma edição da lei – que porventura venha regulamentar a participação –, e, se for o caso, se impugne a lei.

No entanto, cabe ressaltar que caso não tivesse ocorrido a revogação total da Lei nº 1.799/97 e, por conseguinte, o pedido não fosse prejudicado em parte, haveria inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, na elaboração de lei por parlamentar.

O artigo 71, § 1º, I, II e IV, da LODF, determina a iniciativa privativa do Chefe do Executivo local para propor leis que disponham relativamente a estruturação dos órgãos, entidades da administração pública e provimento de cargos e funções.

Se assim fosse, o pedido de inconstitucionalidade da referida lei distrital (1.799/97) seria julgado procedente ante a ingerência normativa do Poder Legislativo Distrital em matérias sujeitas à competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, tratando-se, portanto, de reserva da administração.

Apesar de o STF ter reconhecido a constitucionalidade do referido dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal, a questão permaneceu em aberto, pois não houve a sua regulamentação.

1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Estadual

A Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 2013.00.2.016227-6 ante a atuação negativa do Chefe do Poder Executivo em regulamentar a forma de participação popular na escolha do Administrador Regional e a formação de Conselho de Representantes Comunitários de cada região administrativa.

No mérito, a Procuradoria-Geral de Justiça salientou que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetiva dar plena eficácia às normas constitucionais carecedoras de complementação legal. Realçou, também, ter a Lei Orgânica do Distrito Federal estabelecido, em seu art. 10, § 1º e art. 12, que uma lei regulamentaria a forma de participação popular no processo de escolha dos Administradores Regionais e dos Conselhos de Representantes Comunitários.

Prosseguiu argumentando que a LODF, em seu art. 71, § 1º, I, II e IV, atribui competência privativa ao Chefe do Executivo a iniciativa da lei distrital que verse sobre cargos e servidores públicos, além da estruturação e organização de entidades da administração pública do Distrito Federal.

Alegou, portanto, que é manifesta a omissão do Governador na elaboração do projeto de lei que garanta a participação popular na escolha dos Administradores Regionais, bem como o regular funcionamento dos Conselhos de Representação Comunitária, tendo em vista passados vinte anos da promulgação da Lei Orgânica do Distrito Federal, de junho de 1993.

Sendo assim, foi pedida a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com ciência ao governador acerca da decisão proferida, para as providências necessárias ao encaminhamento do projeto de lei à Câmara Legislativa Distrital.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Conselho Seccional do Distrito Federal, propôs, também, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão com o mesmo objetivo da Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal, qual seja, sanar a omissão do Chefe do

Executivo do Distrito federal em regulamentar os artigos 10, § 1º, e 12, da Lei Orgânica do Distrito Federal, que determinam a participação popular na escolha do Administrador Regional e na formação de Conselho de Representantes Comunitários das Regiões Administrativas da Capital Federal, razão pela qual foi determinado o apensamento de ambas as ações para julgamento simultâneo.

Inicialmente, a OAB/DF salientou que a Câmara Legislativa do Distrito Federal chegou a regulamentar o § 1º do art. 10 da LODF com a edição da Lei 1.799/97, que foi objeto da ADI 2558 perante o Supremo Tribunal Federal, restando, contudo, prejudicado o pedido, tendo em vista que a norma criada por parlamentar foi ab-rogada pela Lei 2.861/01.

Informou, ainda, que o Supremo entendeu não haver, na previsão genérica da participação popular na escolha dos Administradores Regionais, ofensa imediata à Constituição Federal e somente a participação popular não tem força para converter o processo de indicação dos Administradores Regionais em pleitos eleitorais. Considerando o STF, dessa maneira, constitucional e possível a participação popular na escolha dos Administradores Regionais.

Dessa forma, destacou que não há dúvida quanto à existência de omissão na regulamentação da LODF, e, por isso, pediu a declaração da inconstitucionalidade por omissão e a comunicação da decisão ao Governador do Distrito Federal para adotar as providências necessárias em prazo razoável.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal enviou ofício ao Governador do Distrito Federal solicitando informações acerca do que foi alegado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão proposta pela Procuradoria-Geral de Justiça do DF.

A Procuradoria-Geral do Distrito Federal primeiramente reconheceu que o art. 10, § 1º e o art. 12 da Lei Orgânica do Distrito Federal carecem de regulamentação e que, por isso, o exercício dos direitos previstos nos referidos artigos fica inviabilizado.

Logo após, a PGDF sustentou que a inicial da ADI por omissão errou em apontar o Chefe do Poder Executivo do Distrito Federal como responsável pela omissão inconstitucional e como autoridade competente para elaborar as normas que regulamentam a matéria.

Sustentou, ainda, com base em entendimentos do Supremo Tribunal Federal, que a inserção, em dispositivo da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica Distrital, de assunto cuja

regulação depende de projeto de iniciativa do Poder Executivo constituía clara violação ao princípio da separação de poderes por retirar do titular a oportunidade de apresentação do projeto.

Nesse sentido, a PGDF alegou que, se na ADI n. 2558, o STF declarou a constitucionalidade do art. 10, § 1º, da LODF sob o argumento de que não teria afrontado o princípio da separação de poderes, não seria, portanto, possível presumir que a iniciativa para as leis regulamentadoras pudessem estar sob a responsabilidade privativa do Poder Executivo local.

Aduziu, ainda, que a questão mereceria ser resolvida pelos representantes do povo integrantes do parlamento com franquia aos demais titulares do poder de iniciativa legislativa, sem qualquer vinculação às prerrogativas do poder do Governador. Então, a PGDF alegou a falta de legitimidade do Chefe do Poder Executivo para figurar no polo passivo da ação porque a omissão apontada não dependeria direta e necessariamente de providência a ser tomada por essa autoridade. Apresentou, também, precedentes do STF para confirmar essa tese.

Dessa forma, a PGDF concluiu que o Governador do Distrito Federal não tem qualquer obrigação ou responsabilidade quanto à apresentação de projetos de lei que regulem os direitos suscitados pelo requerente, pois aquelas matérias não dependem de iniciativa governamental. Solicitou, portanto, a exclusão do Chefe do Executivo do polo passivo da ação em análise.

Ao se pronunciar acerca do mérito, a PGDF sugeriu que a partir da teoria concretista seria possível, quanto à escolha do Administrador Regional, aplicar as normas sobre a eleição para Governador do Distrito Federal; quanto ao Conselho de Representantes Comunitários, aplicar as normas destinadas à formação e funcionamento do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Porém, destacou que demonstraria o fato de nenhuma dessas propostas ser condizente com a ordem constitucional brasileira.

No que se refere à hipótese de aplicar as normas de eleição para Governador do DF à escolha dos Administradores Regionais, destacou a PGDF que o problema estaria no fato de que o Poder Judiciário estabeleceria uma nova possibilidade de eleições diretas.

Ressaltou a PGDF que, pelo modelo de democracia adotado no Brasil, os cargos eletivos são estabelecidos em *numerus clausus* pela Constituição Federal, então, submeter a escolha de

Administrador Regional ao mesmo processo de escolha de cargo eletivo configuraria evidente usurpação judicial do poder constituinte. Nesse sentido, o Poder Judiciário não estaria autorizado a modificar os esquemas constitucionais de atribuição e exercício da autoridade política.

Ademais, destacou que tal proposta geraria o equívoco de presumir que o voto direto é a única forma de participação popular no processo de escolha dos Administradores Regionais, quando, na verdade, a CRFB apresenta diversas formas de participação popular, quais sejam, voto, plebiscito, referendo, iniciativa popular, ação popular, direito de petição aos poderes públicos e análise de contas municipais.

Mais uma vez, a PGDF apontou a ADI n. 2558, especificamente na parte que os Ministros esclareceram o argumento de que a participação popular estabelecida no art. 10, § 1º da LODF não precisa necessariamente ocorrer por escolha direta, mas pode se dar por outras formas de participação, como consultas ou audiências públicas.

A PGDF afirmou que estabelecer eleições diretas para o cargo de Administrador Regional tolheria a liberdade de escolha do Governador local, em afronta ao princípio da separação de poderes, ou ainda, usurparia o poder constituinte originário.

Nesse sentido, a PGDF concluiu que as propostas de aplicar outras leis para possibilitar a escolha dos Administradores Regionais e a formação dos Conselhos de Representantes Comunitários não seriam adequadas, nem satisfatórias.

Por fim, a PGDF noticiou que em relação ao art. 10, § 1º, da LODF, tramitava na Câmara legislativa do Distrito Federal o Projeto de Lei n. 459/2007, de autoria parlamentar.

No julgamento desta Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em 14 de janeiro de 2014, primeiramente, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios se manifestou acerca da preliminar de ilegitimidade passiva.

De acordo com o Desembargador Relator George Lopes Leite, claramente a Lei Orgânica do Distrito Federal estabeleceu uma descentralização administrativa, conforme os arts. 10 e 11, da LODF, com o fito de, através das Regiões Administrativas, definir diferentes níveis de governo para possibilitar adequada, eficiente e eficaz gestão governamental, mantendo-as, todavia, vinculadas à administração direta do Distrito Federal.

Nesse sentido, a Região Administrativa também é parte integrante da estrutura da administração direta do Distrito Federal, mas não é dotada de autonomia plena em face do ente estadual, fato que a diferencia dos Municípios, afastando-se, assim, o argumento de uma pretendida municipalização.

Conforme o art. 15, I, da LODF “Art. 15. Compete privativamente ao Distrito Federal: I - organizar seu Governo e Administração”. Por outro lado, o art. 58, VII, X e XII, do mesmo diploma normativo prevê a competência da Câmara Legislativa para dispor sobre a estruturação dos órgãos e entidades da administração, a forma de provimento de cargos do servidor público e a formação de regiões administrativas.

Contudo, o art. 71, § 1º, incisos I, II e IV da LODF, revela que a iniciativa é privativa do Governador do Distrito Federal para propor leis que disponham sobre estruturação dos órgãos e entidades da administração pública, bem como a forma de provimento nos cargos e funções.

O Relator destacou que, diferentemente do que foi alegado pela defesa, a declaração de constitucionalidade do artigo 10, § 1º, da LODF pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.558, somente assentou que a participação popular no processo de escolha do administrador não se assemelha a uma descentralização política, não mencionando em nenhum momento que a lei regulamentadora pudesse ser de iniciativa parlamentar. Entendeu, portanto, que não haveria como acolher o argumento de que o TJDF, ao julgar esta ação estaria interferindo indevidamente sobre outro poder.

Em seu voto, o Relator apresentou jurisprudência do STF e do Conselho Especial do TJDF para corroborar o argumento de que é de competência privativa do Governador do Estado o provimento de cargos e de sua estrutura administrativa. Concluiu que somente ao Governador do DF é atribuída a iniciativa para desencadear o processo legislativo sobre as normas impugnadas, por isso, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva, decisão que foi acompanhada pelos demais Desembargadores do Conselho Especial.

Quanto ao mérito, o voto do Relator destacou o art. 10, § 1º, e art. 12 da Lei Orgânica do DF como dispositivos pendentes de regulamentação, posto que preveem de forma expressa a edição de lei disciplinando a participação popular no processo de escolha do Administrador

Regional e na formação de um Conselho de Representantes Comunitários, com função e consultiva e fiscalizadora.

Assim, devido a essa falta de lei disciplinando o assunto, a população fica impedida de exercer o direito de influir e de participar no processo de escolha do Administrador Regional e do Conselho de Representantes Comunitários. O relator destaca a tramitação do projeto de lei 459/2007 na Câmara Legislativa, mas de autoria parlamentar, contendo, portanto, vício de iniciativa no nascedouro, uma vez que a iniciativa é privativa do Governador para legislar sobre a matéria.

Destacou, ainda, que a Constituição Brasileira instituiu o Estado Democrático de Direito como princípio fundamental da República Federativa do Brasil em seu art. 1º. Este princípio é de observância obrigatória na organização dos entes federativos. Então, para concretizar a democracia participativa na sua plenitude, a Constituição instituiu, além dos direitos fundamentais e sociais, os direitos políticos como um conjunto de regras que disciplinam a soberania popular.

Dessa forma, de acordo com o Relator, a participação popular é um requisito imposto pela Lei Orgânica na escolha dos Administradores Regionais para concretizar o Estado Democrático de Direito, por isso, a falta de norma regulamentadora não oferece autorização tácita para que o Governador possa nomeá-los livre e arbitrariamente.

Para o Desembargador, o cargo de Administrador Regional não pode servir como “cabide de emprego” para satisfazer amigos correligionários ou cabos eleitorais; é um cargo importante para garantir a soberania popular, devendo o administrador gerir o desenvolvimento da região conforme as necessidades locais. Sendo assim, o morador seria o mais habilitado para escolher o dirigente de sua região, podendo participar e influir de forma concreta nas políticas públicas e na melhoria das condições de vida no local em que reside ou trabalha.

Outra questão discutida no voto é o fato de que a Lei Orgânica não prevê a possibilidade de que a nomeação dos Administradores Regionais possa ser feita exclusivamente ao alvedrio do Chefe do Poder Executivo local. Somente traz a possibilidade de participação popular no § 1º, do art. 10. Por outro lado, o § 3º, do mesmo artigo traz a expressão “nomeação” para o cargo de Administrador que não constava da redação original da Lei, sendo-lhe acrescentado pela Emenda n. 60/2011.

Para o relator, mesmo não havendo regulamentação legal da participação popular, as normas de eficácia limitada produzem o mínimo efeito de vincular o legislador infraconstitucional e o Administrador em seus vetores. Ressalta que a inobservância desse requisito gera a nulidade do ato de posse no cargo de Administrador Regional, quando há nomeação exclusiva pelo Governador, sem a participação popular, uma vez que Lei Orgânica prevê essa investidura por meio de participação popular sem prever qualquer alternativa.

Com fundamento no art. 8º, § 4º, II, da Lei 11.697/2008, entendeu-se que a decisão deve ser comunicada ao responsável pela omissão a fim de que este adote imediatamente as providências necessárias.

O Desembargador Romão C. Oliveira destacou que seria importante deixar expresso que a norma que estão recomendando elaborar deve guardar observância ao que dispõe o art. 32 da Constituição Federal, ou seja, o Distrito Federal não é divisível em Municípios. Os entes que devem ser criados em uma modalidade longe do processo eleitoral comum e não há figura semelhante à de vereador ou de prefeito, caso contrário ofenderia a CRFB.

O Desembargador revelou estar de acordo com o Relator, mas usando a democracia no seu sentido restrito. Enfatizou, assim, que haverá um processo de participação da comunidade sim, mas não pelo processo eleitoral universal, devido à observância ao art. 32 da CRFB.

O Desembargador Romeu Gonzaga Neiva, por sua vez, aduziu que é evidente a importância da regulamentação do art. 10, § 1º, da LODF para a população do DF, uma vez que esse ente, por não ter a possibilidade de se subdividir em Municípios por imperativo constitucional, não conta com processo de eleição para prefeitos que conheçam a realidade e as dificuldades de cada região administrativa.

O Desembargador Presidente Sérgio Bittencourt fez comentários acerca da tese sustentada pelo Governador de que poderiam ser adotadas as regras pertinentes à eleição de governador para a escolha do administrador e adotada a legislação relativa à formação e funcionamento do TCDF para os conselhos de representantes comunitários, em uma tentativa de suprir a norma.

O Desembargador esclareceu que não seria possível a aplicação ao Administrador Regional das regras atinentes ao Governador. Para o Administrador Regional não há previsão

constitucional expressa de eleição direta por sufrágio universal, mas conforme explícito na LODF, a previsão desse cargo seria feita por escolha pessoal do Governador, havendo apenas a oportunidade de participação popular nesse processo. Quanto ao Governador, a LODF estabelece em seu art. 88, § 2º, que este será eleito pelo povo por voto direto.

Esse Desembargador revela que a participação popular para a escolha do Administrador Regional pode ser realizado de diversas formas, como por sufrágios setorizados destinados à criação de lista a ser submetida ao crivo do Chefe do Poder Executivo, mas não por eleição direta, porque isso daria verdadeira autonomia municipal às Regiões Administrativas, o que seria uma afronta ao art. 32 da CRFB.

Sendo assim, a CRFB somente prevê eleições diretas para Governador, Vice-Governador e Deputados Distritais, conforme o § 2º do art. 32, então, não poderia a LODF instituir essa forma de escolha para os Administradores Regionais, muito menos por meio de lei infraconstitucional.

Dessa forma, quanto ao mérito, o Conselho Especial do TJDFT, no dia 14 de janeiro de 2014, julgou procedente a ação para declarar a omissão legislativa e determinar ao Governador do DF prazo de 18 (dezoito) meses, contados a partir da comunicação do acórdão, para elaboração e encaminhamento à Câmara Legislativa do DF de projeto de lei que regulamente o disposto ao teor dos 10, § 1º e 12, *caput*, da LODF.

O atual Governador do Distrito Federal, Rodrigo Rollemberg, para tentar suprir a falta de regulamentação dos arts. 10, § 1º e 12, *caput*, da Lei Orgânica do Distrito Federal, apresentou para consulta pública virtual, minuta de Projeto de Lei dispondo sobre a participação popular no processo de escolha dos Administradores Regionais e a constituição dos Conselhos de Representantes Comunitários das Regiões Administrativas do Distrito Federal.

O art. 2º do referido Projeto de Lei prevê que:

Art. 2º O Administrador Regional será escolhido em eleição direta por cidadãos com domicílio eleitoral na respectiva Região Administrativa, por voto facultativo, realizada simultaneamente com a eleição do Governador do Distrito Federal.

Assim, foi estabelecida na minuta do Projeto de Lei eleição direta para a escolha dos Administradores Regionais do DF, como forma de participação popular, em uma tentativa de sanar a omissão do Poder Executivo em elaborar lei regulamentando o art. 10, § 1º, da LODF.

2 ESTADO FEDERAL: LIMITES À AUTONOMIA DO DISTRITO FEDERAL E A VEDAÇÃO DE SUA DIVISÃO EM MUNICÍPIOS

Inicialmente, cabe mencionar que o Estado federal teve suas origens com a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, sendo posteriormente essa forma de Estado adotada por outros países conforme suas especificidades (MENDES, 2012, p.855-856).

O Estado federal é considerado por Kelsen, Kunz, Eisenmann, Durand e Mouskheli como forma extrema de descentralização. Esse Estado é composto por unidades membros que ficam sob o domínio dele, no entanto, tais unidades além de possuírem autonomia constitucional, participam da formação da vontade federal (BARACHO, 1982, p. 43).

Uma norma jurídica descentralizada para Kelsen (2005, p. 434) consiste em normas que têm esferas territoriais de validades diferentes. Algumas das normas serão válidas para o território inteiro, enquanto outras serão válidas apenas para diferentes partes dele. A ideia de que o Estado é descentralizado e, por seu turno, é dividido em Estados-Membros (divisão territorial), exprime que a ordem jurídica nacional contém normas centrais e locais.

Assim, o Estado Federalista tem seu ordenamento jurídico composto por normas centrais e por normas locais válidas. As normas centrais possuem validade para todo o território nacional, ao passo que as normas locais somente são válidas no espaço territorial de cada Estado-Membro. É possível observar, portanto, que essa forma de Estado tem como característica diversas competências legislativas, descentralização e autonomia.

Nesse sentido, para Kelsen (2005, p. 452):

As normas centrais formam uma ordem jurídica central por meio da qual é constituída uma comunidade jurídica central parcial que abarca todos os indivíduos residentes dentro do Estado federal. Essa comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central é a “federação”. Ela é parte do Estado federal total, assim como a ordem jurídica central é parte da ordem jurídica total do Estado federal. As normas locais, válidas apenas para partes definidas do território inteiro, formam ordens jurídicas locais por meio das quais são

constituídas comunidades jurídicas parciais. Cada comunidade jurídica parcial abrange os indivíduos residentes dentro de um desses territórios parciais. Essas unidades jurídicas parciais são os “Estados componentes”.

Sendo assim, para Leony (2007, p. 3), esse pensamento de Hans Kelsen pode ser traduzido para o âmbito da Constituição Federal de 1988, porquanto nesta a descentralização possui um grau mais acentuado que o exposto por Kelsen, uma vez que o Brasil como Estado federal ou Estado total compreende não só a União como ente central e os Estados-Membros como entes regionais, mas também abrange subdivisões territoriais destes últimos que são os Municípios, bem como abrange o Distrito Federal como ente regional único.

As esferas materiais de validade da ordem jurídica dos entes federativos (Estados, Municípios e Distrito Federal) produzem normas locais que incidem em seus territórios correspondentes. Por sua vez, as normas centrais que incidem em todo território nacional – e dos Estados, Municípios e do Distrito Federal - são produzidas pela União.

Pelo que se vê, as normas centrais e locais se distinguem conforme suas esferas territoriais de validade.

Nota-se, assim, que a Constituição da República Federativa do Brasil comporta normas centrais, visto que sua validade alcança inteiramente o território brasileiro e seus demais entes federativos; já os Estados-Membros, com suas Constituições Estaduais, e o Distrito Federal juntamente com os Municípios, por meio de suas Leis Orgânicas apresentam as chamadas normas locais – será visto mais adiante, em tópico apartado, que a Lei Orgânica do Distrito Federal equivale às Constituições dos Estados.

Desse modo, para Leony (2007, p.4):

[...] as normais centrais da União veicularão matérias de predominante interesse nacional; as normas locais dos Estados, matérias de predominante interesse regional; as normas locais dos Municípios, matérias de interesse local; e, finalmente, as normas locais do Distrito Federal, tanto matérias de predominante interesse regional como de interesse local.

No caso do Distrito Federal, o fato de Leony citar que esse ente terá matérias tanto de interesse regional quanto de interesse local decorre da circunstância de o Distrito Federal possuir competência reservada aos Estados e aos Municípios, conforme o que se encontra ao teor dos arts. 32, § 1º e 147, da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal é um verdadeiro estatuto constitucional para a União, uma vez que, embora trate de normas válidas para o território inteiro, elas são de estrita obrigatoriedade somente para este ente.

Essa existência de normas destinadas apenas à União é explicada pelo fato de que esta não é dotada de uma lei fundamental própria, como ocorre com os Estados-membros, que podem adotar Constituição local, e como ocorre com os Municípios e o Distrito Federal, que podem se organizar por meio de leis orgânicas. Diante desta situação, a Constituição Federal disciplina a organização político-administrativa da própria União (LEONCY, 2007, p. 9).

No que se refere às normas centrais, é possível diferenciar as leis federais das leis nacionais. Estas são normas aplicáveis a todos os entes federativos, enquanto aquelas são destinadas à União, portanto, não se aplicam a todos os entes federativos. Sobre o tema:

Todas essas observações explicam ainda a distinção corrente na doutrina constitucional brasileira entre leis nacionais e leis federais. As primeiras incidiriam em todo o território nacional sem exclusão de qualquer ente federativo, inserindo-se, portanto, na categoria das normas centrais obrigatórias para todas as unidades da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal); enquanto as outras, embora sendo normas centrais, válidas em todo o território, teriam nos órgãos da União seus destinatários únicos, não se podendo atribuir nem àquelas nem a estas normas o critério territorial como critério único de validade.

Conforme se percebe, umas e outras são normas centrais, por apresentarem o mesmo âmbito territorial de validez. Todavia, segundo um critério pessoal de validade, diferem parcialmente, pois, embora ambas vinculem a União, apenas as leis nacionais obrigam simultaneamente os demais entes federativos. (LEONCY, 2007, p. 7-8)

Essa diferença entre leis nacionais e leis federais pode ser notada na Constituição Federal, pois nesta existem normas que se aplicam a todos os entes federativos e normas que se aplicam somente a alguns entes federativos.

Como se percebe, através das normas nacionais ocorre uma mitigação da autonomia do Estado-Membro, delimitando o âmbito de sua atuação, tendo em vista que as leis nacionais são normas centrais e trazem normas de observância obrigatória para os demais entes da federação. Ademais, em que pese as leis federais serem também normas centrais, elas não possuem natureza de norma obrigatória.

É importante destacar a diferença entre soberania e autonomia, aquela constitui característica própria do Estado federal, enquanto a autonomia é característica dos Estados-membros. Nesse sentido:

[...] já está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito internacional, é o único titular de soberania, considerada poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os Estados federados são titulares tão só de autonomia, compreendida como governo próprio dentro de um círculo de competências traçadas pela Constituição Federal. (SILVA, 2014, p. 102, grifo do autor)

No início do Federalismo no Brasil, houve uma certa confusão entre os termos soberania e a autonomia em alguns Estados, conforme relatou Bonavides (1985, p. 6):

A euforia descentralizadora entre os Estados na primeira fase do federalismo foi tão intensa que a pretensão autonomista obstaculizou a formação de partidos nacionais.

Houve Estados onde o texto constitucional empregou ao invés da palavra autonomia o termo soberania. Outro organizou, após a proclamação da República e com o advento da Federação, o novo governo provincial com secretários encarregados dos negócios da Guerra e das Relações Exteriores.

Contudo, soberania não se confunde com autonomia. Assim, a soberania constitui fundamento do Estado federal brasileiro que está estabelecido no art. 1º da CRFB: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania”.

Para Mendes (2012, p. 856) “Soberania é entendida como poder de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno”, por sua vez, a “Autonomia significa capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano”. Ferreira Filho (2013, p. 81) também faz essa distinção:

Costuma-se opor, na teoria do Estado, soberania a autonomia. Nessa contraposição, entende-se que soberania é o caráter supremo de um poder: supremo, visto que esse poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele. Já autonomia é o poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro de limites traçados por lei estatal superior.

O *caput*, do art. 18, da CRFB conferiu autonomia aos entes federativos quando dispôs que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a

União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Dessa forma, de acordo com Mendes (2012, p. 856) autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder, que não é só administrativa, mas, também, política.

Enquanto a autonomia é concedida aos entes federativos, a soberania somente pertence ao Estado federal, pois não é admissível mais de uma soberania em um mesmo Estado:

Só o Estado federal tem soberania. Os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada. Pelo próprio conceito de soberania se verifica ser impossível a coexistência de mais de uma soberania no mesmo Estado, não tendo, portanto, qualquer consistência a pretensão de que as unidades federadas tenham soberania limitada ou parcial. (DALLARI, 2013, p. 255)

Nesse mesmo sentido:

A originalidade da Federação está em ter feito surgir um Estado soberano composto de Estados autônomos. Para os Estados independentes que se associam, ingressar em uma Federação significa abdicar de sua soberania, transferida para o Estado Federal, passando a deter autonomia, nos termos postos da Constituição Federal. (ALMEIDA, 2013, p. 110)

Essa autonomia foi conferida aos Estados-membros pela CRFB em seus arts. 18, 25, 26, 27 e 28. A autonomia dos Estados-membros significa capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração.

A capacidade de auto-organização se traduz no poder do Estado de elaborar sua constituição própria. A capacidade de autolegislação se manifesta nas competências definidas dos Estados-membros para editar suas leis locais. Já a capacidade de autogoverno revela a eletividade de seus Governadores e Deputados Estaduais. Por outro lado, a capacidade de autoadministração se traduz na capacidade de administração do próprio Estado.

Destaca Mendes (2012, p. 856):

A autonomia dos Estados-membros ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-membro tem o poder de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeita embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federal, já que o Estado-membro não é soberano.

Tal entendimento existe porque a CRFB em seu art. 25 prevê que “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”, então, apesar de o Estado-membro possuir autonomia para criar sua própria Constituição e suas leis, este deve observar o que prevê a Constituição Federal, pois não possui soberania como o Estado federal.

Sendo assim, embora, pareça que o poder constituinte do Estado-membro seja essencialmente originário, pois pode criar sua própria constituição, na verdade é derivado decorrente, tendo em vista que, ao elaborar a sua Constituição Estadual, deve se sujeitar ao que dispõe a Constituição Federal que é a verdadeira expressão do poder constituinte originário. Quanto à autonomia do Estado-membro, Horta (1981, p.19) asseverou que:

É certo que essa capacidade de auto-organização, sendo peculiar a ente autônomo, não pode exteriorizar-se em competência incondicionada, de que os Estados não dispõem. É natural que se submeta o poder constituinte do Estado-membro às limitações impostas pelos princípios constitucionais que definem a fisionomia do federalismo constitucional e assegurem a primazia da União na matéria de sua competência. Por isso, o poder constituinte do Estado-membro, seja o originário como o de revisão, é sempre um poder constituinte derivado, pois tem suas sedes e limitações na Constituição Federal que o consagrou. As normas centrais da Constituição Federal condicionam a atividade do constituinte estadual e lhe traçam o campo de sua atuação autônoma.

Portanto, sendo um poder derivado do poder constituinte originário, não se trata de um poder soberano, pois não é dotado de capacidade de autodeterminação plena, mas é expressão da autonomia dos Estados-membros, que se submetem a limitações, impostas heteronomamente, ao conteúdo das deliberações e à forma como serão tomadas (MENDES, 2012, p. 870).

Nessa esteira, a Constituição Federal impõe limites à atuação dos Estados-membros que devem ser obrigatoriamente observados, alguns desses limites recaem sobre a capacidade de auto-organização dos Estados-membros. Isso porque, de acordo com Silva (2014, p. 618), é a Constituição Federal que estabelece a zona de determinações e o conjunto de limitações à capacidade organizatória dos Estados, no momento em que manda que as suas Constituições e leis observem os seus princípios.

Por outro lado, o Distrito Federal não se confunde com um Estado-membro, nem com um Município, acolhendo características de ambos (MENDES, 2012, p. 878). Contudo, o

Distrito Federal possui competências legislativas que são reservadas aos Estados-membros e aos Municípios, de acordo com o § 1º do art. 32 da CRFB:

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

Mesmo assim, o DF possui autonomia, conferida pela Constituição Federal em seu art. 18, *caput*, uma das manifestações da autonomia é a capacidade de auto-organização, que dá o poder de criar lei orgânica própria, que deve respeitar os limites da Constituição Federal, conforme prevê o *caput*, do art. 32 da CRFB, acima colacionado.

Então, Mendes (2012, p. 878) entende que “O Distrito Federal goza de autonomia, podendo auto-organizar-se, por meio de lei orgânica própria. Dispõe também das atribuições de autogoverno, autolegislação e auto-administração nas áreas de sua competência exclusiva”.

Tais atribuições revelam a autonomia conferida ao Distrito Federal:

Num estado federal, não é compreensível a atribuição de autonomia política a determinado ente federativo que não esteja associada a uma “repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa”. Daí que o reconhecimento de autonomia ao Distrito Federal veio necessariamente acompanhado de um conjunto de poderes a serem exercidos pelos respectivos órgãos estatais autônomos.

Nesse sentido, o Distrito Federal figura, ao lado dos demais entes federativos, como um dos titulares diretos das competências materiais comuns e das competências legislativas concorrentes, sujeitando-se, todavia, em ambas as hipóteses, ao protagonismo da União. (HORTA apud LEONCY, 2013, p. 795, grifo do autor)

Desse modo, assim como o Estado-membro, o Distrito Federal também possui autonomia, que lhe confere capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração. Sendo relevante destacar que, da mesma maneira que os Estados-Membros, o Distrito Federal deve observar os limites impostos pela Constituição Federal, pois sua autonomia não é ilimitada.

2.1 Normas de Observância Obrigatória: Limites à Autonomia dos Estados e do Distrito Federal

À medida que o sistema federal de governo brasileiro foi se inspirando no modelo europeu da Áustria e da Alemanha, deixando de lado o modelo norte-americano, intensificou a aparição das normas centrais na Constituição Federal de 1988, fazendo desta a Constituição total do Estado Federal (HORTA, 1997, p. 177).

Na Constituição Federal há o conjunto de normas centrais que definem os rumos do Estados-Membros, mitigando totalmente a sua autonomia através de um estatuto próprio. Vale salientar, que a Constituição Federal possui sintonia com o Estado Federal e por essa razão não se torna uma Constituição total, pois, se assim se tornasse, deveras desnecessárias seriam as repartições (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), não haveria, portanto, sentido para que houvesse o federalismo.

Assim, nas palavras de Horta (2010, p. 257), a Constituição total é segmento da Constituição Federal e não dispõe de existência de forma autônoma, fora da norma fundamental da Federação.

Como já citado alhures, os Estados-Membros, bem como o Distrito Federal, possuem autonomia: autogoverno, autolegislação, auto-organização – regendo-se por suas próprias constituições ou, no caso do Distrito Federal, por Lei Orgânica – e autoadministração, guardada a observância dos limites impostos pela Constituição Federal, em decorrência das normas centrais de observância obrigatória (leis nacionais) para os Estados-Membros, incluindo o Distrito Federal:

Assim, ao mesmo tempo que confere aos Estados um conjunto de poderes a serem exercidos de formas plena, sem encontrar nenhum tipo de ordenação prévia quanto ao modo de disciplinar determinadas matérias postas à disposição desses entes, a Constituição Federal também inclui um grande número de normas estabelecedoras de limites ao exercício da autonomia estadual. (LEONCY, 2007, p. 11)

Dessa maneira, a Constituição Federal possui normas centrais de caráter nacional, as quais, além de incidir em todo o território, limitam a autonomia dos entes Estaduais, noutras palavras, tais normas são de observância obrigatória e definem em quais situações os Estados-Membros não podem atuar.

Portanto, a expressão do poder constituinte decorrente depende das determinações impostas pelo poder constituinte originário na Constituição da República, devendo-se levar em conta, portanto, as normas de observância obrigatória para os Estados-Membros, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Como se pode ver, ocorre uma redução de sua atuação autônoma.

Os princípios que delimitam a atuação do Constituinte Estadual se dividem em dois grupos: i) princípios constitucionais sensíveis; e ii) princípios constitucionais estabelecidos. A nomenclatura do primeiro grupo é dada por Pontes de Miranda, entretanto, ele não explica o porquê de assim serem chamados (SILVA, 2014, p. 618).

Na visão de Silva (2014, p. 619) os princípios são chamados de sensíveis exatamente pelo fato de que são facilmente perceptíveis, como aqueles que se encontram no art. 34, IV, da CRFB, ou seja, não há esforço algum para que se perceba do que se trata, visto que a Constituição os enumeram ou os apontam. São sensíveis, também, pelo fato de que uma vez inobservados se tornam causa de intervenção nos Estados.

Contudo, cabe uma análise pormenorizada do segundo grupo, qual seja, o dos princípios constitucionais estabelecidos, que podem ser encontrados principalmente nas normas da Constituição Federal que tratam da organização de poderes e repartição de competência.

Alguns desses princípios constitucionais estabelecidos produzem limitações expressas, à medida que outros geram limitações implícitas ao Poder Constituinte Estadual. A desobediência ou inobservância desses princípios acarretaria inconstitucionalidade, medida muito mais branda que uma intervenção judicial, possível no caso de violação dos princípios sensíveis.

Leoncy (2007, 14) diz que:

Na Constituição de 1988, os limites à autonomia dos Estados-membros se apresentam sob múltiplas formas e funções. Vêm consagrados (a) ora expressamente (normas expressas), (b) ora implicitamente (normas implícitas); aparecem sob a formulação (c) ora de um mandamento (normas mandatórias), (d) ora de uma vedação (normas vedatórias).

Assim, as normas de limitações expressas, bem como as de limitações implícitas podem possuir regras de caráter mandatório ou de caráter vedatório.

As normas de limitação expressa de caráter vedatório proíbem de forma clara e explícita os Estados ou o Distrito Federal de adotarem determinados atos ou procedimentos (SILVA, 2014, p. 620), como, por exemplo, o do *caput* do art. 32, da CRFB, que veda a divisão do Distrito Federal em municípios.

Já as normas de limitação expressa de caráter mandatório, ao invés de proibirem, determinam, também explicitamente, que os Estados-Membros as observem a fim de que sejam adotados os limites determinados na sua organização constitucional.

Quanto às normas de limitação implícita, há, na doutrina, discussão se os Estados membros estariam sujeitos às normas implícitas ou se estariam sujeitos apenas às normas expressas. Então, há quem diga que por serem normas limitadoras e terem caráter restritivo devem estar no texto constitucional de forma expressa, pois, a regra seria autonomia e a limitação seria uma exceção, assim, limites devem ser interpretados de forma restritiva, devendo estar explícitos (LEONCY, 2007, p. 15).

Silva (2014, p. 624) defende que:

[...] os demais princípios enumerados ou estabelecidos pela Constituição Federal, que impliquem limitações à autonomia estadual – cerne e essência do princípio federalista –, não que ser compreendidos e interpretados restritivamente e segundo seus expressos termos. Admitir o contrário seria superpor a vontade constituída à vontade constituinte.

Entretanto, Ferreira Filho (2013, p. 58), entende que o poder constituinte decorrente é subordinado, secundário e condicionado, somente podendo agir validamente no âmbito fixado pelo poder constituinte originário, que fixa princípios expressos e implícitos. Além disso, só pode se manifestar observando as regras para ele fixadas na Constituição.

As normas de limitação implícita também podem ter natureza mandatória ou vedatória. Aqui merecem destaque as normas de limitação implícita de caráter vedatório, algumas dessas limitações consistem em conferir determinada atribuição a um dos entes federativos, vedando implicitamente que os demais entes atuem com essa atribuição.

Um exemplo de limitação implícita de natureza vedatória é o estabelecimento de competências privativas da União para legislar sobre algumas matérias, que impedem que os

demais entes federativos legislem sobre o mesmo assunto. Assim, é possível expor o seguinte ensinamento:

Em primeiro Lugar fica-lhes proibido dispor sobre as competências da União (arts. 21 e 22) e as do Municípios (art. 30). Nada podem dispor, também, a respeito das competências tributárias da União e dos Municípios. A tais competências o Estado não tem acesso. É o que dispõe implicitamente a Constituição. (TEMER, 2008, p. 87/88)

Há, na verdade, uma limitação, embora implícita, que impõe ao Estado-membro e ao Distrito Federal estrita observância, não podendo esses entes regular ou legislar sobre o tema uma vez que se trata de competência privativa da União.

Por oportuno, cabe ressaltar a equivalência da Lei Orgânica do Distrito Federal às Constituições Estaduais. De acordo com o *caput* do art. 32, da Constituição Federal, o Distrito Federal será regido por Lei Orgânica, norma local, promulgada pela Câmara Legislativa, diferentemente dos Estados-Membros, que são regidos por suas Constituições, também normas locais, conforme o *caput* do art. 25, da CRFB, que o poder constituinte decorrente estabelece.

No entanto, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI-MC n. 980/DF - DJ 13/05/94, que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, “[...] a Lei Orgânica equivale, em força, autoridade e eficácia jurídicas, a um verdadeiro estatuto constitucional, essencialmente equiparável às Constituições promulgadas pelos Estados-membros”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, na ADI-MC 980, entendeu que a Lei Orgânica do DF equipara-se a uma Constituição Estadual “o que significa dizer que, ao editá-la ou reformá-la, a Câmara Legislativa faz vezes de constituinte decorrente [...]” (LEONCY, 2013, p.795). Por isso:

Trata-se de um poder formalmente condicionado e materialmente subordinado à Carta Federal, mas também funcionalmente encarregado pelo desenvolvimento desta no âmbito local, como atividade subsequente que é em relação ao poder constituinte originário nacional. (Leoncy, 2013, p. 795)

Percebe-se, então, que a Constituição Federal difere apenas a Constituição dos Estados-Membros e do Distrito Federal ao utilizar a terminologia Lei Orgânica para esse e Constituição para aqueles.

Sendo assim, as normas de observância obrigatória, tratadas anteriormente, constituem limites à autonomia do Distrito Federal, assim como para os Estados. Portanto, ambos os entes não de observar os princípios estabelecidos pela Constituição Federal, que é uma norma central.

2.2 Municípios e as Regiões Administrativas do Distrito Federal

É importante fazer uma comparação entre algumas características dos Municípios e das Regiões Administrativas do Distrito Federal.

Tal comparação é pertinente porque o *caput*, do art. 32, da CRFB veda a divisão do Distrito Federal em Municípios. E os Estados-membros são subdivididos em Municípios, enquanto o Distrito Federal é subdividido em Regiões Administrativas. Contudo, como será demonstrado a seguir, os Estados e os Municípios possuem ambos autonomia, por outro lado, dentro o Distrito Federal e as Regiões Administrativas, apenas aquele possui autonomia.

A Constituição Federal conferiu aos Municípios autonomia, inserindo-os como entidade federativa no Estado federal brasileiro. Conforme explicado anteriormente, através do pensamento de Kelsen, o Estado federal normalmente é composto pela União e pelos Estados-membros. Contudo, no Brasil essa descentralização “possui um grau mais acentuado” (LEONCY, 2007, p. 3) porque a Constituição Federal, além da União e dos Estados-membros, inseriu, também, os Municípios e o Distrito Federal como entidades federativas. Nessa esteira:

A característica básica de qualquer federação está em que o poder governamental se distribui por unidades regionais. Na maioria delas, essa distribuição é dual, formando-se duas órbitas de governo: a central e as regionais (União e Estados federados) sobre o mesmo território e o mesmo povo. Mas, no Brasil, o sistema constitucional eleva os Municípios à categoria de entidades autônomas, isto é entidades dotadas de organização e governos próprios e competências exclusivas. Com isso, a Federação brasileira adquire peculiaridade, configurando-se, nela, realmente três esferas governamentais: a da União (governo federal), a dos Estados Federados (governos estaduais) e a dos Municípios (governos municipais), além do Distrito Federal, a que a Constituição agora conferiu autonomia. (SILVA, 2014, p. 647, grifo do autor)

Nesse contexto, a Constituição Federal conferiu autonomia aos Municípios, como também conferiu autonomia à União, aos Estados e ao Distrito Federal, conforme se depreende do *caput*, do art. 18, do texto constitucional. Tal autonomia é caracterizada pela capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração.

De acordo com Ferreira Filho (2013, p. 102) “O Município, no Direito Constitucional brasileiro em vigor, é entidade política, de existência prevista como necessária, com autonomia e competência mínima rigidamente estabelecida”. E conforme preleciona Silva (2014, p. 647, grifo do autor) “Autonomia significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior”. Essa entidade superior seria a Constituição Federal.

Logo, a autonomia municipal pode ser dividida em quatro capacidades:

- (a) capacidade de auto-organização, mediante elaboração de lei orgânica própria;
- (b) capacidade de autogoverno, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais;
- (c) capacidade normativa própria, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e complementar;
- (d) capacidade de autoadministração (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local). (SILVA, 2014, p. 648, grifo do autor)

Dessa forma, as capacidades de auto-organização e de autogoverno caracterizam a autonomia política; já a capacidade normativa própria caracteriza a autonomia normativa; e a capacidade de autoadministração caracteriza a autonomia administrativa e a autonomia financeira (SILVA, 2014, p. 648).

É importante observar que a autonomia conferida aos Municípios é limitada, então, na capacidade normativa própria, os Municípios devem respeitar os limites de competência; já na capacidade municipal de auto-organização, a lei orgânica municipal deve respeitar os princípios da Constituição Federal, conforme impõe o *caput*, do art. 29, da CRFB:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

A Constituição Federal conferiu autonomia aos Municípios, bem como aos demais entes federativos, por outro lado, verifica-se que não conferiu autonomia às Regiões Administrativas do Distrito Federal, até porque na CRFB não há sequer previsão destas.

As Regiões Administrativas do DF estão previstas no *caput*, do art. 10, da Lei Orgânica do Distrito Federal:

Art. 10. O Distrito Federal organiza-se em Regiões Administrativas, com vistas à descentralização administrativa, à utilização racional de recursos para o desenvolvimento sócio-econômico e à melhoria da qualidade de vida.

Ademais, as Regiões Administrativas foram organizadas para possibilitar a descentralização administrativa do Distrito Federal, ou seja, diferentemente dos Municípios, as Regiões Administrativas não decorrem de descentralização política, mas de descentralização administrativa.

Portanto, entende-se que as Regiões Administrativas não podem ter autonomia política, nem autonomia normativa, uma vez que, diferentemente dos Municípios, não podem organizar lei orgânica, não tem capacidade de autogoverno, nem competência para elaboração leis locais.

3 SOLUÇÃO ADEQUADA PARA A ESCOLHA DO ADMINISTRADOR REGIONAL DO DISTRITO FEDERAL

3.1 Eleição Direta do Administrador Regional e Normas de Observância Obrigatória

Conforme relatado no primeiro capítulo, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal, em uma tentativa de solucionar temporariamente a ausência de regulamentação do dispositivo da LODF enquanto a lei não fosse elaborada pelo Poder Executivo Distrital, sugeriu que a partir da teoria concretista seria possível, quanto à escolha do Administrador Regional, aplicar as normas sobre a eleição para Governador do Distrito Federal.

Contudo, apresentou ressalvas, descartando a possibilidade de aplicação das normas de eleição direta do Governador do DF à escolha do Administrador Regional. O Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na decisão relatada, também descartou tal possibilidade.

Posteriormente, o Governador do Distrito Federal apresentou minuta de projeto de lei de sua iniciativa para consulta popular virtual, a fim de suprir a ausência de lei regulamentadora do § 1º, do art. 10, da LODF, optando pela eleição direta como forma de participação popular no processo de escolha do Administrador Regional:

Art. 2º O Administrador Regional será escolhido em eleição direta por cidadãos com domicílio eleitoral na respectiva Região Administrativa, por voto facultativo, realizada simultaneamente com a eleição do Governador do Distrito Federal.

Sendo assim, é pertinente analisar se a eleição direta seria compatível à ordem constitucional para a realização da escolha dos Administradores Regionais.

Impende destacar, inicialmente, que o Governador do Distrito Federal age de forma acertada ao dar início a um projeto de lei que visa suprir essa ausência de regulamentação que perdura por longos anos, visto que é de sua competência privativa propor leis que disponham sobre a estruturação dos órgãos, entidades da administração pública e provimento de cargos e funções, conforme art. 71, § 1º, incisos I, II e IV, da LODF.

No entanto, existem princípios e normas que estão na Constituição Federal que devem ser observados pelo Distrito Federal, seja no momento de elaboração da sua Lei Orgânica, seja no de elaboração de suas leis distritais.

Conforme visto no segundo capítulo, o Brasil é um Estado federal e, por sua vez, é composto pela União (ente central), e pelos Estados (entes regionais), Distrito Federal (ente regional único) e Municípios (entes locais). Esses entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) produzem normas locais que incidem somente em seus respectivos territórios, ao passo que a União produz normas centrais que possuem incidência em todo o território nacional.

Lembra-se que a União tem a Constituição Federal como seu Estatuto Constitucional; Os Estados-Membros suas respectivas Constituições Estaduais; os municípios suas Leis Orgânicas; e o Distrito Federal sua Lei Orgânica que equivale às Constituições Estaduais.

Vale lembrar, também, que a Constituição Federal de 1988 comporta normas centrais, e em que pese ela não se trate de uma Constituição total, visto que possui normas que nem sempre vinculam os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios, quando se tratar de normas centrais de observância obrigatória os entes possuem o dever de observá-las.

Assim, as normas centrais da Constituição Federal, que vinculam a atividade normativa do Distrito Federal, devem ser observadas quando houver qualquer tipo de elaboração normativa, seja em se tratando de Lei Orgânica ou de leis distritais. Devendo o Distrito Federal, portanto, respeito aos princípios constitucionais estabelecidos, como bem diz Ferreira Filho

(1997, p. 219) “A auto-organização do Distrito Federal, assim como a dos Estados é limitada. Tal limitação se traduziria na observância de “princípios” estabelecidos pela Lei Magna Federal”.

Por oportuno, há de se recordar que os princípios constitucionais estabelecidos na Constituição Federal produzem limitações expressas e implícitas ao Poder Constituinte Estadual, as quais uma vez inobservadas estar-se-ia diante de uma inconstitucionalidade.

O art. 22, I, da CRFB apresenta norma de limitação implícita de caráter vedatório para os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

Dessa forma, ao determinar que somente a União pode legislar sobre tais matérias, a Constituição Federal limitou a autonomia dos demais entes ao impedir implicitamente que legislassem sobre as matérias reservadas àquela. Sobre esse assunto:

Nesses termos, não se pode deixar de reconhecer, é verdade, que as normas da Constituição Federal que estabelecem a chamada repartição constitucional de competências abrigam, em última análise, limites implícitos aos entes federativos, na medida em que, descrevendo os poderes atribuídos a cada qual, acaba por revelar, implicitamente e por exclusão, o que é vedado aos demais. (LEONCY, 2007, p. 16)

Observa-se que no art. 22, I, da CRFB, citado acima, direito eleitoral é uma das matérias que somente podem ser tratadas em lei pela União, ou seja, há uma limitação implícita que veda que os demais entes legislem sobre direito eleitoral, uma vez que somente a União pode fazê-lo.

Vale destacar que no referido artigo, quando a Constituição se refere ao direito eleitoral, está abrangendo todas as normas relacionadas a essa matéria, inclusive, é o que esclarece Ferreira Filho (1997, p. 166): “Neste âmbito estão todas as normas relativas a eleição, quer as concernentes ao seu preparo e realização, quer as referentes à sua apuração e à diplomação dos eleitos”.

A partir desse entendimento é possível entender que a Lei Orgânica do Distrito Federal, quando previu em seu art. 10, § 1º, que deveria ser regulada a participação popular na escolha

dos Administradores Regionais, não poderia estar se referindo à participação por meio da eleição direta. Porque o Distrito Federal não poderia tratar sobre eleição direta na sua Lei Orgânica, muito menos por lei distrital, uma vez que, somente a União poderia legislar sobre o assunto.

É vedado ao Distrito Federal legislar sobre direito eleitoral, assim, uma lei distrital não pode vir a regulamentar participação através de voto direto para a escolha dos Administradores Regionais do DF, sob pena de ser declarada inconstitucional.

É possível observar, dessa maneira, que ao elaborar o projeto de lei e incluir em seu art. 2º a eleição direta para Administrador Regional, o Governador do Distrito Federal deixou de observar uma norma de limitação implícita que possui natureza vedatória.

Portanto, o projeto de lei ao tratar de normas relativa à eleição, mais especificamente no que concerne ao preparo e sua realização, não possui consonância com a ordem constitucional. E, eventualmente, se tornando uma lei, essa já nascerá eivada pelo vício da inconstitucionalidade.

Depreende-se, assim, que embora a norma limite a atuação do Distrito Federal de forma implícita, esse deverá estar sempre atento para não incorrer em inobservância, pois, uma vez que se trata de uma norma de observância obrigatória, a sua não observação leva à inconstitucionalidade.

3.2 Eleição Direta dos Administradores Regionais e Autonomia Política das Regiões Administrativas

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 32, *caput*, ao dispor sobre a organização do Distrito Federal, estabeleceu que esse é regido por Lei Orgânica que atenda os princípios constitucionais, bem como que a esse é vedada a divisão em Municípios:

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

Esse dispositivo traz norma de observância obrigatória de vedação expressa, ou seja, a Constituição Federal trouxe uma limitação expressa à autonomia organizatória do Distrito

Federal ao vedar a sua divisão em Municípios. Por ser de observância obrigatória, essa limitação deve ser necessariamente respeitada pelo Distrito Federal.

Dessa forma, é importante analisar se a instituição de eleição direta para a escolha dos Administradores Regionais é capaz de gerar a municipalização do Distrito Federal, expressamente vedada pela Constituição Federal.

A Constituição Federal em seu art. 18, *caput*, conferiu autonomia aos entes federativos, dispondo que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Assim, cada um desses entes se organiza no âmbito político e administrativo, observados os limites impostos pela Constituição. Nessa esteira:

[...] Na técnica da Constituição vigente, o todo, o Estado federal, quer dizer, a República Federativa do Brasil, integra como entes a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Todos esses entes são “político-administrativos”, ou seja, exercem funções políticas e funções administrativas.

São eles reciprocamente “autônomos”, melhor dizendo, reciprocamente independentes. Não há sujeição hierárquica entre eles. Cada um na esfera de competências que a Constituição lhes atribui (“nos termos da Constituição”), goza de plena autodeterminação. Esta, circunscrita pelas normas desta Carta, não é “soberana” e sim “autônoma”. (FERREIRA FILHO, 1997, p. 136)

Como demonstrado anteriormente no segundo capítulo, a autonomia pode ser dividida em quatro capacidades diferentes, quais sejam, capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração.

A capacidade de auto-organização se manifesta através da elaboração de Constituição ou Lei Orgânica própria do ente federativo. Já a capacidade de autolegislação se manifesta através da competência própria – estabelecida pela Constituição Federal – do ente federativo para editar leis locais. A capacidade de autogoverno se exterioriza pela eletividade de seus representantes políticos. Enquanto a capacidade de autoadministração traz a possibilidade de administração própria, que inclui a decretação de tributos.

Cada uma dessas capacidades caracteriza determinada autonomia, como bem ensina Silva (2014, p. 648, grifo do autor):

Nessas quatro capacidades, encontram-se caracterizadas a autonomia política (capacidades de auto-organização e de autogoverno), a autonomia normativa (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a autonomia administrativa (administração própria e organização dos serviços locais) e a autonomia financeira (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da autoadministração).

Nesse sentido, os entes federativos, integrantes da República Federativa do Brasil, possuem autonomia que lhes foi conferida pela Constituição Federal expressamente. Então, somente esses entes podem ter autonomia.

Dessa forma, o Estado-membro é subdividido em Municípios, mas ambos possuem autonomia fixada pela Constituição Federal; o Distrito Federal, por sua vez, é subdividido em Regiões Administrativas, mas dentre esses dois, somente o Distrito Federal possui autonomia. A Constituição Federal não concedeu autonomia às Regiões Administrativas, nem sequer apresentou em seu texto qualquer referência a estas.

Não tendo as Regiões Administrativas autonomia, estas constituem mera descentralização administrativa promovida pelo Distrito Federal, conforme se depreende do *caput*, do art. 10, da LODF.

Caso as Regiões Administrativas passassem a ter autonomia, ainda que relativa, se transformariam em Municípios do Distrito Federal, assemelhando-se, assim, aos Municípios que são subdivisões dos Estados, em que ambos gozam de autonomia. Entretanto, como a Constituição Federal veda a divisão do Distrito Federal em Municípios, as Regiões Administrativas não podem possuir autonomia.

Conforme foi explicado aqui, a capacidade de autogoverno é uma das vertentes da autonomia e é caracterizada pela eletividade dos representantes, no caso do Município, de seu Prefeito e seus Vereadores. Seguindo esse entendimento, ao instituir a eleição direta como forma de escolha dos Administradores Regionais, estar-se-ia conferindo autonomia política às Regiões Administrativas. Tal autonomia transformaria as Regiões Administrativas em Municípios do Distrito Federal, forma vedada.

Vale destacar que na ADI 1.706/DF, que teve como Relator o Ministro Eros Grau, julgada em 09/04/2008, ficou consignado que a subdivisão do Distrito Federal em entidades

relativamente autônomas contraria o disposto no *caput*, do art. 32, da Constituição Federal, que veda a divisão do Distrito Federal em Municípios.

Por isso, pelo fato de as eleições diretas para Administradores Regionais conferirem autonomia às Regiões Administrativas, e conseqüentemente municipalizarem o Distrito Federal, não constituem forma adequada de participação popular, neste caso, diante da expressa vedação constitucional.

Ademais, se as Regiões Administrativas tiverem autonomia, elas acabam por reduzir a autonomia conferida pela Constituição Federal ao Distrito Federal. Autonomia pressupõe independência, no caso das Regiões Administrativas, estas não são independentes do Distrito Federal, por isso, este permanece com competências inalteradas, que não podem ser usurpadas pelas Regiões Administrativas.

A LODF prevê em seu art. 15:

Art. 15. Compete privativamente ao Distrito Federal:

I – organizar seu Governo e Administração;

II – criar, organizar ou extinguir Regiões Administrativas, de acordo com a legislação vigente;

III – instituir e arrecadar tributos, observada a competência cumulativa do Distrito Federal;

IV – fixar, fiscalizar e cobrar tarifas e preços públicos de sua competência;

V – dispor sobre a administração, utilização, aquisição e alienação dos bens públicos;

VI – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; [...]

A partir desse trecho é possível notar que essas competências do Distrito Federal decorrem da autonomia política, normativa e administrativa que possui. Assim, as Regiões Administrativas não podem tomar para si tais capacidades, retirando a autonomia do Distrito Federal.

Além disso, é possível observar que através do art. 15, a Lei Orgânica trata de limitar a interpretação das possíveis formas de participação popular que é prevista de maneira genérica no art. 10, § 1º, visto que nos incisos I e II, do art. 15, fica claro que as competências de organizar tanto o seu governo e administração quanto de organizar as Regiões Administrativas é de competência privativa do Distrito Federal.

Desde logo, restaria compreender que, também por esse motivo, a eleição direta para o Administrador Regional estaria descartada, pois, em momento algum a Lei Orgânica demonstra que seria possível mitigar a autonomia do Chefe do Executivo, através da concessão de autonomia das Regiões Administrativas.

Portanto, os Administradores Regionais não podem ser eleitos por meio da eleição direta, uma vez que essa acabaria por dividir o Distrito Federal em Municípios, forma vedada pelo *caput*, do art. 32, da CRFB; e que claramente contrariaria o disposto ao teor do art. 15, I e II, da LODF.

Pelo fato de o art. 32, da CRFB, se tratar de norma de observância obrigatória de vedação expressa, a Lei Orgânica do DF, bem como as leis distritais devem observar tal limitação. Então, é possível concluir que quando o art. 10, § 1º, da LODF fala em participação popular na escolha dos Administradores Regionais, não se refere à participação através da eleição direta, visto que esta poderia ocasionar a municipalização do DF.

Nesse mesmo sentido, ao apresentar Projeto de Lei Distrital instituindo a eleição direta dos Administradores Regionais, o Governador do Distrito Federal estaria contrariando não só a vedação imposta pela Constituição Federal como também a própria Lei Orgânica do Distrito Federal.

3.3 Outras Formas de Participação Popular para Escolha do Administrador Regional

Como demonstrado alhures, os Administradores Regionais não podem ser escolhidos através do voto direto, assim, entende-se que, quando a LODF previu em seu artigo 10, § 1º, a participação popular no processo de escolha, ela não se referia à eleição direta, mas a outras formas de participação.

É importante consignar que, conforme exposto no primeiro capítulo, a participação popular para a escolha do Administrador Regional foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2558, e à época o Supremo Tribunal Federal, entendeu, por maioria, não haver inconstitucionalidade do dispositivo que prevê tal participação:

O Ministro Relator Cezar Peluso, em seu voto, asseverou que a simples previsão genérica de participação popular na escolha dos administradores regionais, ao teor do art. 10, § 1º, da LODF, não feriria a Constituição Federal. Julgou, ainda, inconsistente a alegação de que tal artigo transformaria os administradores em prefeitos eleitos pelo voto popular, e falou, por ter sido

sugerido que a participação popular converteria o processo de indicação de administradores em pleitos eleitorais.

Caso estivesse, a Lei Orgânica, prevendo expressamente a escolha por meio de eleição direta, sua constitucionalidade seria questionável, por isso a simples previsão genérica de participação popular não torna o dispositivo inconstitucional. Pois, a participação popular pode se dar pelo referendo ou pelo plebiscito, previstos no art. 14 da CRFB, ou até mesmo por consulta pública ou audiência pública, previstas nos arts. 31 e 32 da Lei 9.787/99, dentre outras formas.

O fato de a LODF prever a participação popular ressalta a valorização do princípio da soberania popular, ao dar a oportunidade do povo se manifestar sobre determinado ato administrativo ou legislativo. Esse princípio está previsto no art. 14, da Constituição Federal:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;
II - referendo;
III - iniciativa popular.

Para Ferreira Filho (1997, p.118, grifo do autor):

Soberania popular. É esta o princípio fundamental da democracia. Significa que o poder mais alto pertence ao povo. Ou como o direito anterior dizia, “todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”.

A impossibilidade de voto direto para a escolha dos Administradores Regionais do DF não impede a utilização de outras formas de participação popular, como o plebiscito e o referendo, para que o Governador do DF, ao decidir por nomear um Administrador Regional, tenha o conhecimento da opinião da população.

O plebiscito é uma consulta prévia realizada para que a população se manifeste sobre algum ato administrativo ou legislativo. Enquanto o referendo é uma consulta posterior à elaboração de determinado ato administrativo ou legislativo. Nesse contexto, Silva (2014, p. 144) faz a seguinte diferenciação:

O plebiscito é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre a aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda

constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida; [...]

Além do referendo e do plebiscito, é possível a utilização de outras formas de participação popular previstas na Lei 9.784/99 como a consulta pública e a audiência pública, dentre outros meios. Conforme essa Lei:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

[...]

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

A Lei Orgânica do Distrito Federal não falou em eleição direta, mas também não dispôs que a escolha do Administrador Regional seria feita exclusivamente através de nomeação pelo Governador do DF, pelo contrário, expressamente previu que deveria haver participação popular.

Portanto, a escolha dos Administradores Regionais deve observar o art. 32, da CRFB, para não municipalizar o Distrito Federal, nem ferir a autonomia deste. Nesse sentido, devem-se somar as formas de participação popular permitidas à nomeação feita pelo Governador, de forma que permita a melhor escolha.

CONCLUSÃO

O estudo da lei, da doutrina e da jurisprudência acerca do tema evidencia que a eleição direta dos Administradores Regionais instituída por Lei Orgânica ou lei distrital seria incompatível ao ordenamento jurídico constitucional, pois estaria violando uma norma de observância obrigatória implícita, uma vez que é de competência privativa da União legislar acerca de matéria que envolva Direito Eleitoral, conforme o art. 22, I, da Constituição Federal.

Outro ponto relevante, consiste na previsão legal inserta na Constituição Federal, segundo a qual as Regiões Administrativas, ao contrário dos Municípios, não possuem autonomia.

Caso os Administradores Regionais passassem a ser eleitos pelo voto direto estar-se-ia conferindo às Regiões Administrativas autonomia, que as transformariam em Municípios do Distrito Federal, hipótese que é explicitamente vedada pelo art. 32, *caput*, da Constituição Federal, norma de limitação expressa de caráter vedatório. Então, entende-se que a participação popular através da eleição direta, sob esse prisma, não é adequada à ordem constitucional.

Por fim, ficou demonstrado haver outras formas de participação popular capazes de atender à exigência contida no art. 10, § 1º, da Lei Orgânica do Distrito Federal e que permitem a valorização do princípio da soberania popular, seja pelo referendo ou plebiscito, previstos no art. 14 da CRFB, ou pela via de consulta pública ou audiência pública, previstas nos arts. 31 e 32 da Lei 9.787/99.

Ante todo exposto, espera-se que o presente estudo venha a colaborar para o debate acadêmico acerca de tão importante questão para a comunidade do Distrito Federal, que exige dos poderes competentes solução premente e adequada às previsões legais insertas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de Almeida. Comentário ao artigo 1º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Info W.; STRECK, Lenio I. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 110.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Política e constituição: os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 maio 2016

BRASIL. **Lei n. 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 4 jun. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 980 MC/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília/DF, 13 de maio de 1994. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi+980%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j8jpp7s>> Acesso em: 17 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 1706 MC/DF**. Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília/DF, 1 de agosto de 2003. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi+1706%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z6pe92j>> Acesso em: 1 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 2558/DF**. Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília/DF, 24 de setembro de 2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi+2558%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gnrk4w9>> Acesso em: 25 abr. 2016.

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

DISTRITO FEDERAL. Governo de Brasília. **Minuta de projeto de lei distrital**. Dispõe sobre a participação popular no processo de escolha dos administradores regionais e a constituição do Conselhos de Representantes Comunitários das Regiões Administrativas do Distrito Federal, previstos nos arts, 10, § 1º, e 12, *caput*, da Lei Orgânica do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.brasilia.df.gov.br/index.php/2016/06/10/consulta-publica-virtual-eleicoes-administradores-regionais-e-conselheiros-comunitarios/>> Acesso em: 7 jun.2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Conselho Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. **Processo n. 2013.00.2.016227-6**. Requerente: Procuradora-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Requerido: Governador do Distrito Federal. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=2013.00.2.016227-6&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER>> Acesso em: 25 abr. 2016

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1997. 1 v.

_____. **Curso de direito constitucional**. 39. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed., ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. **Normas centrais da Constituição Federal**. Revista de informação legislativa, Brasília, a. 35, n. 135, p. 175-178, jul./set. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/267>> Acesso em: 23 maio 2016.

_____. **Reconstrução do federalismo brasileiro**. Revista de informação legislativa, Brasília, a. 18, n. 72, p. 13-28, out./dez. 1981. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181290>> Acesso em: 23 maio 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEONCY, Léo Ferreira. Comentário ao artigo 32. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Info W.; STRECK, Lenio I. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.795.

_____. **Controle de constitucionalidade estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CANDIDATO POR ELEIÇÃO SUPLEMENTAR

Paulo Roberto Cardoso

RESUMO

Com intuito de discutir sobre em quem deve recair os custos de uma nova eleição, quando a primeira foi cancelada por fraude eleitoral, o presente trabalho pretende analisar a jurisprudência atual do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) bem como o papel da União, através da Advocacia Geral da União (AGU), em procurar defender seus interesses, cobrando de quem deu causa ao dano, a indenização pelos custos extras. A responsabilidade civil, prevista nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro pode ser aplicado ao candidato infrator?

Palavras-chave: Pleito Suplementar. Responsabilidade Civil. Reembolso à União.

ABSTRACT: In order to discuss who should bear the costs of a new election, when the election in course was cancelled due to electoral fraud, this case study intends to to analyze current Supreme Electoral Court decisions as well as the Federal Government role to seek for an indemnification from those who gave cause to such additional costs. Should the civil liability provided for in articles 186, 187 and 927 of The Brazilian Civil Code be applicable to the candidate who gave cause to the termination of the election already in place?

Keywords: Supplemental Pleading. Civil Liability. Federal Government Reimbursement.

INTRODUÇÃO

Ao verificar as informações contidas no site do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, observa-se a constância em que ocorrem eleições suplementares pelo país a fora. Somente no período de 2010 a 2015, foram necessárias a realização de novas eleições em 244 (duzentos e quarenta e quatro) municípios (anexo1). De acordo com os artigos 187, 201 e 212 da Lei 4.737/1965, as eleições suplementares deverão ocorrer sempre que os votos dos eleitores, por algum motivo, forem anulados e com isso, puderem alterar a representação de qualquer partido ou classificação de candidato eleito pelo princípio majoritário. Nos casos em que apenas algumas urnas ou sessões forem consideradas nulas, e que o resultado destas puderem alterar o resultado geral, novas eleições deverão ser convocadas, tão somente, para essas seções. É sabido que nem toda eleição suplementar tem como causa a fraude eleitoral, ela pode ocorrer

devido a problemas técnicos ou de força maior que inviabilizem ou prejudiquem o pleito, como por exemplo, em situações que os eleitores fiquem impedidos de efetuar o voto, o que não é o foco do estudo.

Já o artigo 224 do Código Eleitoral, prevê a eleição suplementar nos casos em que, após o pleito, o candidato vencedor, com mais de 50% dos votos válidos, tiver seus votos anulados pela justiça eleitoral, salienta-se que não está se falando dos votos nulos, dado diretamente pelo eleitor e sim dos votos anulados pela justiça eleitoral. No que pese o conhecimento da inclusão dos parágrafos 3º. e 4º. pela Lei 13.165 de 2015, o presente estudo foi realizado sob a ótica anterior a esta alteração, e a inclusão destes parágrafos serão comentadas separadamente.

Nosso trabalho se dedica exclusivamente aos casos de eleições suplementares em que o candidato vencedor tenha dado causa ao cancelamento do pleito em processo transitado em julgado no TSE, que por entender presente algum tipo de ilegalidade no processo, seja por abuso de poder econômico ou político do candidato, falsidade, fraude ou qualquer outro vício tenha anulado sua votação.

Nosso estudo não tem a pretensão de avaliar a decisão em si, do Tribunal que tenha por qualquer motivo anulado os votos do candidato. Entende-se que esta decisão tenha sido tomada dentro dos mais rigorosos preceitos que caracterizam o devido processo legal, dando ao candidato cassado todas as possibilidades de defesa, usando de todos os recursos possíveis e admitidos no direito.

O foco deverá ser a responsabilidade civil do candidato cassado, em relação aos prejuízos que este tenha vindo a dar causa. Não resta dúvida que de acordo com os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil brasileiro aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito, o mesmo acontece com aquele titular de um direito que ao exercê-lo, exceda seus limites impostos pelo fim econômico, pela boa fé ou pelos costumes, sendo que se desta ilicitude algum dano for causado a outrem, o infrator terá o dever de repará-lo.

Vários são os motivos que levam um candidato vencedor, seja antes da diplomação, antes da posse ou até mesmo após iniciado o mandato, venha a ter seus votos anulados. Se estes votos anulados representarem mais da metade dos votos válidos, o artigo 224 do Código Eleitoral (redação anterior), determinava a realização de um novo pleito.

Como penalidade, o TSE não permite a participação no novo pleito, do candidato que deu causa à anulação da eleição anterior, devido a constatação da prática de um ilícito por parte dele, seja na captação dos votos ou no abuso do poder econômico ou político que possa ter vindo a interferir no resultado e que por isso, tenha tido seus votos anulados. Até então a penalidade que se sujeitava o candidato cassado, só tinha repercussão na esfera da justiça eleitoral.

Desde 12/01/2012 um convênio firmado entre a Advocacia Geral da União – AGU e o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, permite que a União use a sentença condenatória à perda do mandato do político eleito, para que venha a ser cobrado deste candidato cassado, o custo da realização do novo pleito. O acordo prevê que a Justiça Eleitoral deverá repassar a AGU, as informações referentes a políticos que tenham seus mandatos cassados, dando origem assim a realização de novo pleito. Ao enviar os dados, o TSE não emitirá juízo de valor, cabendo à AGU a análise criteriosa da necessidade de responsabilizar judicialmente e cobrar, se assim julgar conveniente, o custo das novas eleições, uma vez que o pleito regular tenha sido anulado.

De 2004 até a data do convenio firmado, a União já tinha gasto com eleições suplementares, mais de R\$6.000.000,00 (seis milhões de reais), sendo que somente de 2008 a 2012, foram necessárias 176 novas eleições.

Em um dos julgados analisados, que detalharemos a frente e será usado como exemplo, a União cobra dos candidatos eleitos e que foram cassados pelo TSE a importância de R\$35.100,23 (trinta e cinco mil, cem reais e vinte e três centavos), valor devidamente corrigido até a propositura da ação de cobrança, em 03/06/2013, correspondente ao custo da eleição suplementar no município de Itaperuçu/PR, município este de pouco mais de 16.000 (dezesesseis mil) eleitores, ou seja, o TSE naquele município calculou o custo de uma nova eleição, em aproximadamente R\$2,20 (dois reais e vinte centavos) por eleitor. Em um município pequeno, como o demonstrado, o valor não nos parece tão vultoso, porém ao projetarmos os mesmos parâmetros para um município com 500.000 (quinhentos mil eleitores) este valor alcançará cifras milionárias e no entender da AGU quem deu causa ao dano, deve ser responsabilizado, independentemente do valor gasto no novo pleito.

Durante o ato de assinatura do convênio, o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente do TSE à época, chamou a atenção em sua fala para o significado pedagógico que o convênio traria, seria como se o TSE estivesse mandando uma mensagem aos candidatos que não queiram

agir corretamente dando causa as anulações das eleições, que tomassem mais cuidado e que uma vez sendo a União a responsável pelas eleições, os recursos utilizados na suplementar é um prejuízo ao Erário e como tal, passará a ser de responsabilidade de quem lhe deu causa.

No site da AGU, é possível verificar as ações de cobrança já ajuizadas, as que ainda se encontram em análise e também dezenas de acordos efetuados:

A Advocacia-Geral da União (AGU) cobra de volta mais de R\$2,7 milhões aos cofres públicos gastos pela Justiça eleitoral com novas eleições geradas por cassação de prefeitos em diversos municípios do país. A quantia duplicou um ano e meio após o Advogado-Geral da União, ministro Luís Inácio Adams, e o presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ministro Ricardo Lewandowski, assinarem acordo de cooperação técnica que garante o repasse de informações entre os órgãos sobre os prefeitos que foram cassados por atos ilícitos cometidos durante o processo eleitoral. Até o momento já foram ajuizadas 51 ações com pedido de ressarcimento. Outras 37 estão sendo finalizadas para serem protocoladas na Justiça Federal nos próximos dias. Ainda foram realizados seis acordos. No total, são acompanhados 94 casos. Segundo a AGU, as ações são contra prefeitos que perderam os mandatos porque foram condenados em irregularidades como captação ilícita de sufrágio (compra de voto) e abuso de poder político e/ou econômico. Os valores vão restituir os gastos da União com os novos pleitos realizados. De acordo com o artigo 224 do Código Eleitoral, toda vez em que um candidato eleito atinge mais da metade dos votos válidos na eleição, os demais votos são prejudicados, ficando anuladas, conseqüentemente as eleições como um todo. Por isso é necessário realizar um novo pleito.¹

É importante deixar claro que ao receber os dados do TSE, a AGU tem feito uma criteriosa avaliação para saber se o candidato que teve seu mandato cassado, tenha praticado ato ilícito, ensejador do novo pleito. Uma vez que a para cobra-lo fundamentado na responsabilidade civil, exige-se além do dano causado, o cometimento de alguma ilicitude e que em decorrência desta, o prejuízo resta demonstrado. O nexó de causalidade entre o ato ilícito e o dano é determinante.

1. ELEIÇÃO SUPLEMENTAR

Trata-se de um mecanismo pelo qual o eleitor é chamado novamente, para que através de seu voto refaça sua escolha uma vez que o candidato vencedor do último pleito, teve seu

¹ **Advocacia-Geral cobra mais de R\$2,7 milhões de prefeitos cassados no Brasil pelo custo de novas eleições.** Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/236903>. Acesso em Junho 2016.

mandato cassado. De acordo com a literalidade do artigo 224 do Código Eleitoral, o termo utilizado é a “nulidade” mas de acordo com entendimento de José Jairo Gomes, pode ser lido como “invalidade” compreendendo tanto as possibilidades de nulidade quanto as de anulabilidade de votos.

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais da metade dos votos do País nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do Município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

§ 1º. Se o Tribunal Regional na área de sua competência, deixar de cumprir o disposto neste artigo, o Procurador Regional levará o fato ao conhecimento do Procurador-Geral, que providenciará junto ao Tribunal Superior para que seja marcada imediatamente nova eleição.

§ 2º. Ocorrendo qualquer dos casos previstos neste capítulo o Ministério Público promoverá, imediatamente a punição dos culpados.

§ 3º. A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. (incluído pela Lei 13.165. de2015).

§ 4º. A eleição a que se refere o § 3º. correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: (incluído pela Lei 13.165 de2015).

I – indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato (incluído pela Lei 13.165 de 2015).

II – direta, nos demais casos (incluído pela Lei 13.165 de 2015).²

Assim ocorrendo, novas eleições deverão ser marcadas sempre que forem declarados nulos ou constituídos de anulabilidade, mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos válidos.

Também é de difícil entendimento a parte do artigo que se refere as eleições federais, estaduais e municipais, sem contudo, fazer qualquer distinção às eleições majoritárias ou proporcionais. Ainda de acordo com entendimento do mesmo autor, o artigo se refere exclusivamente às eleições para cargos majoritários, quais sejam, Presidente da República, Governador de Estados e Prefeitos Municipais que tenham obtido mais de 50% dos votos e que estes tenham sido declarados nulo. No que pese a eleição para o Senado também ser majoritária, tal eleição se rege pelo princípio da maioria simples, portanto, não se sujeita a nova eleição e sim ao chamado do candidato com número de votação subsequente, o segundo colocado nas eleições de renovação de 1/3 ou o terceiro colocado nas eleições de renovação de 2/3 dos senadores.

² GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**, 12ª. ed, São Paulo: Atlas, 2016. p.847.

Há um aparente conflito entre o que determina os artigos 81 da CF/88 e o artigo 224 do Código Eleitoral. O primeiro convoca novas eleições, no prazo de 90 (noventa) dias após vago o cargo de Presidente e Vice-Presidente da República, sendo que esta eleição poderá ser por via direta, nos casos em que a vacância do cargo ocorra nos dois primeiros anos de mandato, ou indireta, nos casos em que a mesma vacância ocorra após os dois primeiros anos de mandato, situação em que o Congresso Nacional deverá escolher o Presidente que terminará o mandato vago. Já o artigo 224 do Código Eleitoral, cuida da validade da eleição com foco na representatividade e legitimidade do candidato eleito. Este conflito inexistente, uma vez que os artigos tratam de matérias e de momentos distintos, enquanto o art. 81 da CF/88 se preocupa com a vacância de cargo até então ocupado por candidato legitimamente eleito, o artigo 224 do Código Eleitoral se preocupa com o preenchimento do cargo vago, em decorrência de cassação de mandato por fraude eleitoral, o que tornaria o ocupante do cargo ilegítimo ao exercício do mandato.

2. LEI 13.165/2015

Conhecida como minirreforma eleitoral, a Lei 13.165 de 29 de setembro de 2015, dentre outras alterações, acrescentou os parágrafos 3º e 4º ao artigo 224 do Código Eleitoral. Nos parece que foi intenção do legislador, deixar expressamente definido que os custos de novos pleitos, quando necessário independentemente do motivo que lhe deu causa, devam ser assumidos pela Justiça Eleitoral. Outra importante alteração veio no sentido de determinar a convocação de eleições suplementares sempre que algum candidato eleito, tiver seu mandato cassado, independentemente se obteve mais ou menos de 50% dos votos, e se estiver faltando mais de 6 (seis) meses para o término do mandato. Nos casos em que o período para o encerramento for menor que 6 (seis) meses, diz a alteração que a escolha será indireta.

Aqui surge a primeira controversa, uma vez que o artigo 81 §1º da Constituição Federal, traz como regra, nos casos de vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, a eleição em 90 dias após aberta a vaga e o artigo 224 do Código Eleitoral, determina prazo de 20 a 40 dias para o novo pleito.

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

§1º. Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita 30 dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

§2º. Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores.³

A dúvida é dissipada quando se percebe que os novos pleitos são previstos por causas distintas, enquanto o 81 da CF fala em vacância de cargo legitimamente ocupado, o 224 Código Eleitoral fala de vacância motivada por cassação de mandato eletivo.

Uma outra dúvida paira em relação aos custos do novo pleito, enquanto a nova redação do artigo 224 em seu §4º. determina que seja suportado pela Justiça Eleitoral, independentemente do motivo que a tenha causado, a Lei 8.429 de 02 de Junho de 1992, determina em seu artigo 10 que constitui ato de improbidade que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, dentre outros, à União. No artigo 12 a mesma lei determina que independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato e em seu inciso II, determina a busca pelo ressarcimento integral do dano. Ainda na Lei 8429 o artigo 17 §2º. prevê que o Ministério Público ou Pessoa Jurídica interessada, deverá impetrar ações necessárias ao ressarcimento do patrimônio público, quando este for lesado. A lei, determina a busca pelo ressarcimento do dano causado ao Erário, não se trata de uma opção e sim de uma obrigação.

Lei 8.429:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial (...).

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

II – (...), ressarcimento integral do dano,

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou

§2º. A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.⁴

Uma vez que após o trânsito em julgado da decisão, independentemente da quantidade de votos anulados, seja necessária a realização de eleição suplementar, e a convocação e realização desta passa a ser custeada pela Justiça Eleitoral, conforme nova redação do artigo

³ ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum**, 22ª. ed, São Paulo: Rideel, 2016. p. 157, p.45.

⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> Acesso em: junho 2016.

224 do Código Eleitoral, nos parece que o legislador incentiva a participação no pleito, daqueles candidatos que possuem grande possibilidade de terem seus registros cassados, já que nenhuma consequência jurídica lhes poderiam afetar, exceto as consequências na esfera eleitoral.

Nos casos de convocação de nova eleição decorrente de indeferimento do registro do candidato, nos parece questionável que este venha a ter que arcar com os custos, uma vez que a judicialização do pedido de registro é um direito líquido e certo do candidato que se julga elegível, exceto nos casos de demonstração de uso de insistência desproporcional e evidentemente indevida a continuar no pleito, judicializar o pedido de registro não deve ensejar a responsabilidade civil do candidato que por ventura venha a ser eleito e a posterior, tenha seu registro cancelado e conseqüentemente seu mandato cassado. Mas Porém, o que nos causa repulsa e não se pode admitir, é o candidato que tenha comprovadamente, praticado ato ilícito durante a campanha eleitoral e que devido a isso tenha sido cassado, dando causa a um novo pleito, possa vir aproveitar da mudança do artigo 224 para se eximir da responsabilidade.

A Advocacia Geral da União, vem tendo este mesmo entendimento, uma vez que mesmo após a promulgação da minirreforma eleitoral, Lei 13.165 em setembro de 2015, continua a atuar no sentido de cobrar dos candidatos cassados e que deram causa a novos pleitos, todo o prejuízo causado ao Erário.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme os artigos 186, 187 e 927 do CC/2002, prevalece ainda a responsabilidade subjetiva, sendo previstos em casos de caracterização de eventos de alto risco, de eventos com probabilidade de perigo, a questão da responsabilidade objetiva, que foi uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002. A prevalência no direito civil é a culpa e havendo as questões previstas na lei ou a critério do juiz, identificado o risco inerente da atividade em questão, a responsabilidade será objetiva, onde não há mais a necessidade de caracterização de culpa. De qualquer forma, para se responsabilizar, é primordial que o dano ocorrido esteja diretamente ligado a conduta.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁵

De forma expressa a legislação relaciona a conduta (ação ou omissão), a culpa ou dolo, e o dano como sendo requisitos para a responsabilidade civil e a doutrina trouxe um outro ponto importante a ser observado que seria o nexo de causalidade, de forma a ligar a conduta ao dano ocorrido.

3.1 HISTÓRICO

No início das civilizações, não se tinha uma concepção adequada de reparação de eventuais danos sofridos, o que importava era a simples vingança uma vez que o mal era combatido pelo mal e muitas vezes, a ofensa a um determinado indivíduo era correspondida por revolta de toda uma classe ou grupo social, dando início a longas e prejudiciais batalhas. Com o surgimento das civilizações organizadas, onde um poder central passou a regular o convívio em busca de harmonia, passou-se a exigir a reparação do dano de outra forma, ainda que de extrema brutalidade como a perda de um membro, a marca de um ferro quente e assim por diante. Com a Lei das XII Tábuas, alguns limites foram impostos e surge pela primeira vez a exigência à reparação do dano e a possibilidade de se fazer um acordo de reparação. Somente no início do século XIX, com o surgimento do Código Napoleônico, veio a ser inaugurado a relação entre culpa, dano e reparação: “art. 1.382. (...) toda pessoa que, por culpa sua, causar dano a outrem é obrigada a repará-lo”.⁶

No linguajar popular, responsabilidade é o ato que representa a capacidade de assumir o feito, de cumprir com seus compromissos e como tal, está diretamente associada ao que se chama de honestidade. No direito privado, a responsabilidade é a imputação de alguém à reparação de eventual dano que tenha sido causado a outrem não importando se com culpa ou dolo. A responsabilidade faz com que quem sofreu o dano, a vítima, possa vir buscar neste, a reparação necessária a que se restabeleça sua situação ao status quo ante.

Nos ensina José Jairo Gomes:

O dano sempre afeta a pessoa, na sua individualidade ou na sua socialidade, no caso de dano a interesse coletivo, daí o emprego do termo responsabilidade civil pessoal. É a pessoa a razão de ser do Direito, e o termo responsabilidade pessoal expressa a ideia de que o dano malferem bem ou interesse seu, seja na

⁵ ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum**, 22^a. ed, São Paulo: Rideel, 2016. p. 157, p.184.

⁶ GOMES, Jose Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.228.

dimensão dos direitos da personalidade, seja na órbita do patrimônio, seja, enfim, na esfera coletiva em que a pessoa se projeta. Da pessoa, como ente jurídico, emanam duas categorias de direitos, a saber: os relacionados à personalidade e os ligados ao patrimônio. Neste, enfeixam-se todas as relações jurídicas apreciáveis economicamente. Logo, há a responsabilidade civil por danos à personalidade e a responsabilidade pessoal-patrimonial ou simplesmente patrimonial.⁷

Nos casos em que o autor do dano não se solidariza com a vítima buscando espontaneamente reparar seu prejuízo, cabe a vítima o direito de procurar a proteção do Estado, que através de previsão legal devera atuar no sentido de exigir a reparação.

3.2 ATO ILÍCITO

A palavra ilícito deriva do latim “illicitus” e quer dizer aquilo que é ilegal, proibido ou moralmente errado. Entende-se por ato lícito, aquele realizado em conformidade com o direito e a contrário sensu, o ilícito é aquele que ocorrendo em desconformidade com o direito, venha resultar em dano ao direito alheio. Seja o ato praticado por ação ou omissão, o ato ilícito entra na esfera jurisdicional, pois ao atingir um direito, lhe causando danos, passa a ser regido pelo ordenamento jurídico.

Aliás, o adjetivo “jurídico” pode ser empregado em dois sentidos. Num primeiro, enquanto algo que repercute no mundo do Direito, que diz respeito ao Direito. Num segundo, enquanto algo que está conforme ao Direito. É lógico que, neste segundo sentido, os atos ilícitos não seriam jurídicos, mas antijurídicos.⁸

Na vida real, o que importa é de que forma o Direito irá tutelar o ato antijurídico, de forma a conferir-lhe juridicidade.

Entende-se também como ilicitude, o ato de quem venha a extrapolar o direito, excedendo seus limites em razão das finalidades do Direito, seu fim econômico, a boa-fé e os bons costumes.

3.3 CONDUTA

Podem ser realizadas por uma pessoa física ou jurídica, nas modalidades de ação ou omissão, com resultados isolados que em sua individualidade, pode até ser inofensivo, mas que em conjunto leve a resultados danosos, sejam estes decorrentes da culpa, responsabilidade

⁷ GOMES, Jose Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2005. p.221.

⁸ GOMES, Jose Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005. p.267.

subjetiva, ou não, responsabilidade objetiva quando o risco fizer parte do negócio jurídico causador do dano. Uma ação é sempre mais fácil de ser identificada do que uma omissão.

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei ou resultar de convenção e até da criação de alguma situação especial de perigo.⁹

Sendo um dos elementos da responsabilidade civil, a culpa é encontrada na ação ou na omissão, seja voluntariamente (dolo) ou devido a negligência, imprudência ou imperícia. Sem a culpa, em regra, não se pode falar em obrigação de reparação, é preciso ficar claro que o causador do dano, deveria ter agido de outra forma.

3.4 DANO

Dammus, do latim, significa mal, prejuízo causado a alguém em decorrência de ato que venha a violar bens jurídicos protegidos, de forma que abranjam não só o patrimônio como também a vida e a honra. No direito civil, está diretamente ligado a indenização, que é o mecanismo pelo qual o causador do dano repara seu ato buscando devolver ao afetado seu *statu quo ante*. Além da reparação do prejuízo imediato, a indenização visa restaurar também aquilo em que a vítima deixou de auferir, durante o ato danoso ou até mesmo, após sua reparação, nos casos em que fique limitado o pleno restabelecimento do patrimônio ou mesmo da vida.

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. Deste modo, sendo impossível devolver a vida à vítima de um crime de homicídio, a lei procura remediar a situação, impondo ao homicida a obrigação de pagar uma pensão mensal às pessoas a quem o defunto sustentava, além das despesas de tratamento da vítima, seu funeral e luto da família.¹⁰

A ausência do dano implica na impossibilidade de indenização, uma vez que a responsabilidade do agente é afastada. A responsabilidade civil exige que exista um elo de ligação entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima, seja este dano de ordem patrimonial, de personalidade ou coletivo.

⁹ GONCALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 9ª. Ed, Sao Paulo: Saraiva, 2005. p.37.

¹⁰ GONCALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 9ª. Ed, Sao Paulo: Saraiva, 2005. p.545.

3.5 NEXO DE CAUSALIDADE

Elemento indispensável para o enquadramento da responsabilidade civil, o nexo de causalidade é a relação de causa e efeito, sem a qual, não se pode exigir reparação.

No seu significado comum, o termo *causa* expressa o motivo ou a razão de ser de algo, o que faz com que uma coisa exista, aconteça ou torne-se o que é; causar, nesse sentido, é produzir, motivar, originar, determinar. O nexo de causalidade traduz o vínculo estabelecido entre duas coisas: a originária e a resultante após a atuação da causa.¹¹

Não seria de todo incomum a afirmação de que algo não poderia ser como está, se não fosse a ação anterior que o levou a transformação de estado. Um bem, um produto, ou mesmo uma pessoa, passam por transformações constantes, sejam naturalmente ou pelo processo de execução humana necessária ao seu fim. Quando se fala em dano e nexo causal, está a se falar de uma transformação atípica, não desejada e que se não destruir o patrimônio, o afete negativamente. O ato em relação ao homem, não precisa tirar-lhe a vida ou mesmo deformar-lhe a imagem para que seja danoso, basta que seja demonstrado o prejuízo moral e que se consiga demonstrar a ligação entre este prejuízo e o ato praticado, sem o qual, não fique dúvida o prejuízo não surgiria.

O que se deve entender, juridicamente, por nexo causal determinante da responsabilidade civil? O esclarecimento dessa noção vamos encontra-lo na lição de Demogue, ao precisar que não pode haver uma questão de nexo causal senão tanto quanto se esteja diante de uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar.¹²

Portanto, nos parece claro que a relação de causa e efeito precisa ser demonstrada, nos casos em que a responsabilidade civil do agente causador do dano o obrigará a indenizar a vítima.

4. CASO CONCRETO – autos nº 5020973-34.2013.404.7000

Em 03/06/2013 a Advocacia-Geral da União através da Procuradoria da União no Estado do Paraná - Grupo Permanente de Atuação Proativa, em nome da União, entrou com uma Ação de Ressarcimento ao Erário com pedido de medida cautelar de bloqueio patrimonial em desfavor de José de Castro França e Acir Pedroso de Moraes. Consta dos fatos que os réus,

¹¹ GOMES, Jose Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005. p.282.

¹² GONCALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 9ª. Ed, Sao Paulo: Saraiva, 2005. p.536.

faziam parte da chapa candidata aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, respectivamente, do município de Itaperuçu, no Estado do Paraná, sendo que Jose de Castro França se candidatava a reeleição em 2008, para um novo mandato 2009/2013. Após o deferimento das candidaturas, os candidatos lograram êxito na campanha e se elegeram, com mais de 50% dos votos, aos cargos pretendidos.

Em processo eleitoral subsequente, os candidatos tiveram seus votos anulados em decisão transitada em julgado que comprovou o abuso do poder econômico, através de contratação pela Prefeitura, de órgão de imprensa escrita, para realização e divulgação de propagandas do até então prefeito em primeiro mandato e candidato a reeleição. Restou comprovado nos autos que os gastos mensais médios com determinado órgão de imprensa escrita (jornal) aumentou significativamente no período que antecedia a campanha eleitoral de 2008.

De acordo com o artigo 73 §5º. da lei 9.504/97 é vedado ao servidor público condutas que possam favorecer em detrimento dos demais candidatos:

Lei 9.504/97

Art. 73 São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VII – Realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição (redação anterior).

VII – Realizar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito (redação dada pela Lei 13.165/2015).¹³

Seguindo o que determina o artigo 224 do Código Eleitoral, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná, foi obrigado a providenciar uma eleição suplementar, que foi marcada para o dia 03/04/2011, o que determinou o aporte extraordinário de recursos públicos para sua realização.

Alega a AGU em sua Petição Inicial que estes gastos extraordinários, somente existiram devido aos atos, julgados ilícitos pelo TSE, terem sido praticados pelos candidatos cassados e

¹³ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: junho 2016.

em consequência disso, os dois causadores do dano, devem reparar o União, de forma solidária, uma vez que restou demonstrado que tanto o candidato ao cargo de Prefeito como o candidato ao cargo de Vice-Prefeito, foram citados várias vezes em reportagens que os favoreceram.

Não se pode negar que o segundo pleito, somente ocorreu em decorrência da anulação dos votos dos candidatos eleitos, ou seja, foram eles que deram causa ao gasto extraordinário que a União precisou dispor na organização da nova eleição e que a decisão transitada em julgado, que os condenou, torna certa e inequívoca a ilicitude praticada pelos réus.

A AGU demonstra estar presente todos os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta ilícita, o dano causado e o nexo de causalidade. A conduta ilícita ficou demonstrada pela contratação irregular de órgão de imprensa que somente promovia os interesses dos até então candidatos. O dano, resta demonstrado ao obrigar o erário a organizar e custear nova eleição. Quanto ao nexo de causalidade, não fica dúvida que sem a ilicitude, a primeira eleição estaria valendo e não teria sido necessário a organização do pleito suplementar. Desta forma, a AGU solicita que a Justiça condene os réus a ressarcirem a União em R\$27.732,76 (vinte e sete mil, setecentos e trinta e dois reais e setenta e seis centavos) sendo que deste montante, R\$5.460,00 (cinco mil quatrocentos e sessenta reais) se referem a auxílio alimentação, R\$2.156,00 (dois mil cento e cinquenta e seis reais) referentes ao custo de transporte das urnas, R\$12.632,76 (doze mil, seiscentos e trinta e dois reais e setenta e seis centavos) referentes a remuneração extraordinária de servidores do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná, que trabalharam no final de semana da nova eleição e mais R\$7.484,00 (sete mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais) referentes ao pagamento do custo proporcional de 5 (cinco) analistas judiciários do Tribunal Superior Eleitoral que dedicaram em media 10 (dez) horas por cada dia do final de semana da eleição. Todas estas despesas foram comprovadas, através de planilhas demonstrativas tanto do TRE/PR como do TSE.

Mediante o exposto, a AGU pede a condenação dos réus ao pagamento de R\$27.732,76, devidamente acrescidos de correção monetária e juros de mora, contados a partir da data da nova eleição, 03/04/2011, o que corresponde a R\$35.100,23 (trinta e cinco mil, cem reais e vinte e três centavos), valor atualizado até a propositura da ação. Solicitou ainda, como medida cautelar o bloqueio de bens dos réus, o quanto necessário para a garantia da possível condenação.

Em face de contestação os réus resistem aos pedidos, alegando que o que motivou a condenação, abuso de poder econômico na contratação de veículo de imprensa (jornal), não foi decisão pacificada entre os julgadores, uma vez que o Relator do caso, Desembargador Gilberto Ferreira, assim dispôs em seu voto:

Embora se constitua num grande veículo de comunicação, o jornal não é o único formador de opinião. Com ele concorrem o rádio, a televisão, a internet, dentre outros.

Por outro lado, o referido jornal não tem, naturalmente, a expressão, circulação e o poder de informação dos grandes jornais de Curitiba que também circulam naquela localidade.

Pondere-se, ainda, que um jornal, cuja linha política é bem definida e conhecida, é sempre recebido pela população com ressalvas, notadamente em época de eleições.

Também deve ser levado em conta que a vitória de um candidato decorre da reunião de diversos fatores, sendo a publicidade de sua campanha apenas um deles.

Assim, partindo do raciocínio de que apenas a metade da edição (2.500 exemplares) era distribuída no município de Itaperuçu, onde votaram 16.486 eleitores (segundo dados disponíveis na internet), entendo como pouco provável a possibilidade de ter a publicidade em questão, por si, influenciado decisivamente o eleitorado a votar nos recorrentes.

Do meu ponto de vista a potencialidade lesiva é aquela que tem o condão de influir vigorosamente na vontade do eleitor, alterando o resultado das eleições.¹⁴

Baseado neste raciocínio, toda a defesa dos réus foi montada, sempre questionando a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que cassou os seus mandatos, anulou a eleição e convocou novo pleito. Outros trechos do processo foram transcritos, sempre com intuito de demonstrar que o TSE julgou equivocadamente o processo de cassação. Ao se defender quanto a responsabilidade civil de ressarcir o erário, a defesa nega onexo de causalidade, uma vez que mesmo que na hipótese de terem sido favorecidos por um jornal de circulação local, os candidatos não poderiam ser responsabilizados pela atitude dos profissionais de imprensa.

Outro fator salientado, foi o fato de que apesar dos eleitos terem sido cassados, por decisão judicial transitada em julgado que lhes atribuiu abuso de poder econômico, alegam que a decisão de convocação de novas eleições é uma decisão da própria Justiça Eleitoral, e que sendo opção e não obrigação, não se pode querer transferir aos candidatos cassados o custo deste novo pleito. Alega a defesa que nos casos de impugnação de mandato eletivo, a

¹⁴ Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17051222/agravo-de-instrumento-ai-10827-pr-tse>>. Acesso em: junho 2016.

convocação de novas eleições poderia ser substituída pela convocação dos candidatos que ficaram em segundo lugar. Portanto, lhes parece claro que esta decisão é de natureza eleitoral, não podendo gerar consequências na esfera civil. Corroborando com a tese da defesa foi transcrito um trecho do Respe nº 28.396/PR em que o Ministro Relator Arnaldo Versiani diz o seguinte:

Eu acompanharia tanto um quanto outro entendimento. Sou a favor de que, em se tratando de procedência de ação de impugnação de mandato eletivo, não se deve proceder a nova eleição. Então, a jurisprudência já é no sentido de que, mesmo havendo anulação de mais de 50% dos votos, a consequência da ação de impugnação de mandato é a posse da chapa segunda colocada. Ressalto que a inquietação acerca do destino dos votos dados aos cassados em AIME não é nova, embora, em não poucas oportunidades, se tenha reafirmado serem eles válidos, sob argumento de que o objeto de tal ação seria apenas a desconstituição do mandato, e não a anulação dos votos.¹⁵

A defesa também questiona os valores cobrados, uma vez que a seu ver, não existe qualquer maneira de controle por parte dos réus sendo que os dados são gerados por aqueles que requerem o ressarcimento, não restando comprovado sequer o correto uso dos recursos cobrados e sendo os réus hipossuficientes para impugnar os valores apresentados, deles não se pode exigir tal obrigação.

Por fim, a defesa alega que os réus já teriam sido punidos pela cassação do mandato e pela inelegibilidade, sendo esta cobrança, uma terceira punição pelo mesmo fato, além de questionam a necessidade da concessão da liminar que mandou bloquear bens em garantia da eventual cobrança.

Através da Impugnação a Contestação, a AGU traz o argumento de que os réus, tentam rediscutir a coisa julgada, tentam trazer a este Juízo argumentos que somente poderiam ter sido usados nas instâncias oportunas, que foi a Justiça Eleitoral. A Ação de Ressarcimento ao Erário proposta pela União contra os réus, tem por finalidade, única e exclusivamente, a cobrança de valores gastos com o novo pleito, decorrente da anulação dos votos recebidos pelos réus em decisão da Justiça Eleitoral, transitada em julgado, ou seja, não se admite mais discussão sobre a conveniência ou não da cassação dos mandatos, não se pode admitir que este Juízo venha a ser usado para reavaliar decisões transitadas em julgado, em que a Justiça Eleitoral, em sua última instância, condenou os réus a prática de ato ilícito, abuso de poder econômico, durante

¹⁵ Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17051222/agravo-de-instrumento-ai-10827-pr-tse>>. Acesso em: junho 2016.

o pleito em que concorreram aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito do Município de Itaperuçu/PR.

A presente ação pretende discutir os reflexos civis da decisão transitada em julgado que condenou os réus a ilicitudes que levaram a anulação de seus votos. O que realmente importa é a demonstração que estão presentes os pressupostos necessários para imputar-lhes a responsabilidade civil subjetiva, de forma a condena-los ao ressarcimento dos gastos extraordinários arcados pela União, conforme previsão dos artigos 186, 187 e 927 do CC/2002.

A Advocacia Geral da União, traz como precedente ilustrativo, decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELACAO CIVIL. REPARACAO DE DANOS COMETIDOS POR PARTICULAR. CANDIDATO A PREFEITO. COMPROVACAO DE IRREGULARIDADES DURANTE O PLEITO ELEITORAL DE 2008 QUE ENSEJARAM A ANULACAO DAS ELEICOES. **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA PELO PAGAMENTO DOS CUSTOS DA REALIZACAO DE ELEICAO SUPLEMENTAR.** BENEFICIARIO DA JUSTICA GRATUITA. CONDENACAO EM HONORARIOS. AFATAMENTO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 1. Trata-se de apelação civil interposta por RAIMUNDO GOMES SOBRINHO contra sentença prolatada pelo douto Juízo Federal da 18ª. Vara da SJ/CE que julgou procedente a pretensão autoral, para condenar o réu no ressarcimento dos danos patrimoniais no montante de R\$16.230,92, em valores nominais de 07.05.2012, devidamente atualizado, pelas despesas decorrentes da realização de eleição suplementar. 2. Adoção da técnica de julgamento per relationem. 3. “Diante das circunstâncias fáticas mencionadas – em que o dano seria causado por particular contra a Administração – o dever de reparar orienta-se pela regra civil de responsabilidade subjetiva, cabendo a União demonstrar conduta dolosa ou culposa do particular da qual decorre, de forma direta, os danos por ela suportados.” 4. “Compulsando os autos (f.17-80), observa-se que o Réu, embora vencedor das eleições de 2008 para prefeito de Alcântaras/CE, teve seu diploma cassado por prática de captação e gastos ilícitos de recursos, por meio de confecção de camisetas e brindes e omissão de diversos gastos de campanha, fatos que restaram reconhecidos por decisão definitiva da Justiça Eleitoral.” 5. “Quanto a efetividade do dano, observa-se que a conduta do Réu resultou na anulação do certame eleitoral de 2008 e na realização de eleições suplementares, no dia 05/06/2011, para os cargos de prefeito e vice-prefeito do município de Alcântaras/CE, o que ocasionou uma despesa extraordinária para a União na cifra de R\$16.073,00 (f.11).” 6. “Logo, para além da já referida aplicação dos efeitos da revelia, as provas documentais acostadas aos autos, em especial os julgados proferidos pela Justiça Eleitoral, demonstram claramente que o Réu deu causa a realização de nova eleição, da qual decorreram custos financeiros devidamente comprovados, ensejando a obrigação de reparação dos danos causados em decorrência de tais praticas.” 7. “Diante dessa conjuntura fática, **conclui-se ser devida a imputação de responsabilidade ao Réu pelos dispêndios**

causados ao erário para a realização de eleição suplementar no município de Alcântaras/CE, no dia 05/06/2011, em virtude das irregularidades cometidas durante o pleito eleitoral de 2008, as quais resultaram na anulação do referido certame para os cargos de prefeito e vice-prefeito daquela localidade.” ¹⁶ (grifo do autor).

Quanto a necessidade de bloqueio dos bens dos réus, a AGU demonstrou que o patrimônio dos réus estavam sendo esvaziados, com o claro propósito de fugir a obrigação. Note-se que entre o presente momento e o registro da candidatura, o patrimônio de ambos sofreu forte redução, ao ponto de um dos candidatos cassados, que declarou possuir 3 veículos, hoje já não possui nenhum e o outro réu, passando por momento de separação de casamento, se quer providenciou a partilha de bens, o que poderá vir a dificultar o recebimento dos valores cobrados.

Em Ação de Impugnação a Contestação, a AGU volta a insistir que uma vez tendo seus mandatos cassados pela Justiça Eleitoral, tal situação é suficiente para que a União venha a imputar-lhes a responsabilidade civil, para cobrança do custo do novo pleito. Quanto a repetitiva alegação dos réus de que faltam os requisitos necessários da responsabilidade civil subjetiva, da não existência de previsão legal para ação de ressarcimento ao erário e também da cobrança de valores não comprovados pelo TRE/TSE, a AGU demonstra que não se pode admitir a rediscussão de questões já decididas em definitivo pela Justiça Eleitoral, sobre as quais, não cabem mais questionamentos e que as informações referentes aos custos do novo pleito, se encontram acostados à inicial e uma vez fornecida pela Justiça Eleitoral do País, gozam de fé pública, tendo portanto presunção de veracidade.

Desta forma, a AGU reforça todos os pedidos e insiste na continuidade dos bloqueios dos bens dos candidatos cassados, alegando que o *periculum in mora* é inerente a este tipo de ação, uma vez que existe o risco dos réus, no curso do processo, esvaziarem seu patrimônio.

Em sentença prolatada em 29/01/2015, pela 6ª. Vara Federal de Curitiba/PR, o douto Juízo inicia afirmando não existir mais qualquer possibilidade de rediscutir a conduta dos réus, quanto a condenação pela Justiça Eleitoral, por abuso do poder político e econômico, e que não cabe alegar neste momento, qualquer tipo de independência sendo que a penalidade aplicada

¹⁶ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/141861987/processo-n-0001627-5620124025002-da-2-vf-cachoeiro-civel-execucao-fiscal-do-trf-2>>. Acesso em: junho 2016.

pelo Poder Judiciário não impede qualquer outra penalidade de ser aplicada pela Administração Pública, mesmo em se tratando do mesmo ato ilícito eleitoral.

Sendo assim, ficou decidido:

Cassados os registros das candidaturas dos réus, nova eleição – suplementar – foi realizada com fundamento no artigo 224 do Código Eleitoral, motivo pelo qual os réus merecem ser condenados a ressarcir a União pelos gastos com esse novo pleito. Há um evidente nexo de causalidade entre as conduta dos réus e os danos suportados pela parte autora. Por sua vez, não há qualquer indicativo de que os valores propostos pela União foram superdimensionados. Os gastos foram estimados pela Justiça Eleitoral e constam de um relatório bem fundamentado, no qual foram discriminadas, uma a uma, as despesas. Se os réus pretendiam impugnar esse demonstrativo, deveriam tê-lo feito com base em argumentos mais robustos, e não apenas recorrerem à alegação de que são pessoas hipossuficientes, algo que evidentemente não são, tanto que já foram Prefeito e Vice-Prefeito de um Município cuja população é de aproximadamente 26.000 habitantes.¹⁷

Com esta fundamentação, os réus foram condenados, solidariamente, a ressarcirem a União pelo custo extra da eleição suplementar de 2011, no município paranaense de Itaperuçu.

A defesa continuou usando de várias tentativas de reformar a decisão supra citada, usou de Embargos, Apelação e mais Embargos, porém a última movimentação do processo, ocorrida em 20/04/2016, manteve a condenação dos réus ao ressarcimento à União.

CONCLUSÃO

Nos parece claro que o cerne da questão é se o candidato cassado pela Justiça eleitoral, tendo este praticado algum ilícito durante sua campanha, deva ou não arcar com os custos da eleição suplementar e se a inclusão do §4º. no artigo 224 do Código Eleitoral acarretará alguma mudança nesse mesmo sentido.

Não resta dúvida que a convocação da eleição suplementar é uma exigência legal. O artigo 224 do código eleitoral, tanto em sua redação anterior quanto na nova, incluída depois da minirreforma eleitoral, deixa isso expresso. Mas também não se tem dúvida que o mesmo artigo, em seu §4º. determina que a nova eleição deva ocorrer as expensas da Justiça eleitoral e isso pode dar margem a diferentes interpretações.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>>. Acesso em: junho 2016.

Em uma primeira avaliação, nos parece que o legislador ao incluir o §4º. procurou “fugir” do convênio firmado entre a AGU e o TSE, que desde o início do ano de 2012, permitiu à União que, se utilizando da sentença de cassação de mandato eletivo devido a fraude eleitoral, acionasse o judiciário com intuito de recuperar os gastos que até então eram suportados pelo Erário, referente a eleição suplementar exigida para o caso, cobrando de quem deu causa ao prejuízo, o ressarcimento à União. A inclusão do novo parágrafo vem expressamente determinando quem deve suportar estes custos, no caso a Justiça Eleitoral.

Podemos observar que este não tem sido o entendimento da AGU, uma vez que mesmo após a promulgação da Lei 13.165/2015, os processos em que a União atua em desfavor dos candidatos cassados pelo TSE que tenham dado causa a novo pleito eleitoral, tramitam normalmente e a AGU continua responsabilizando civilmente o candidato cassado, por fraude, para que a União seja reembolsada na quantia que foi gasta com a nova eleição. O caso usado como modelo de acompanhamento neste trabalho, teve sua última movimentação ocorrida no segundo bimestre deste ano, 2016, sem que a sentença, favorável à União, tenha sofrido qualquer modificação e nem mesmo tenha sido levantado a questão da aplicação da minirreforma eleitoral.

É certo que a inclusão do §4º. do artigo 224, que determina que a eleição suplementar deva ocorrer as expensas da Justiça Eleitoral, não interfere no processo eleitoral em si, portanto, não se submeteria ao artigo 16 da CF/88 que determina que a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação. Portanto, este não parece ser o motivo pelo qual a introdução do §4º. não esteja surgindo efeito, pelo menos de imediato.

Pretensiosamente, podemos deferir que o entendimento adotado pela AGU é de que o novo parágrafo, ao falar que a nova eleição deva ocorrer as expensas da Justiça Eleitoral, não quis necessariamente dizer que estes valores não possam ser cobrados à frente. Parece mais sensato o entendimento de que para viabilizar a nova eleição, a União além de organiza-la e disciplina-la, também a suportaria financeiramente, vindo em um momento posterior, quando for o caso, acionar judicialmente o causador do novo pleito ao ressarcimento ao Erário. Não seria razoável que ao deparar com a cassação de um mandato eletivo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e se ver na obrigação legal de convocar novas eleições, a União exigisse que o candidato cassado suportasse de imediato este custo. Estamos falando de decisão que deve ser tomada em tempo certo, de 20 a 40 dias conforme determinação do próprio

artigo 224 do Código Eleitoral e o eleitor não poderia ficar a mercê do candidato cassado esperando que este, primeiramente restituísse à União para que somente depois, fosse marcado o novo pleito.

Sendo assim, o entendimento mais plausível seria mesmo de que a União providenciasse, como sempre fez, o novo pleito em tempo adequado e depois disso, através dos mecanismos judiciais, fosse buscar a reparação do dano causado.

Entendimento diferente desse sentido, o que poderá surgir após as eleições de outubro de 2016, na certa levará a questão a ser discutida na Suprema Corte, uma vez que, deixar de exigir a responsabilidade civil de quem deu causa ao dano, pode ser considerado inconstitucional.

Não se pode admitir que os artigos 186, 187 e 927 do CC/2002 seja de aplicação seletiva, exigindo comportamento distinto entre os cidadãos. Quando se fala em cobrar o novo pleito do candidato cassado, está se falando exclusivamente nos casos em que foi comprovado, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a fraude na eleição. Não se fala dos casos de cassação por improbidade durante o mandato, nem nos casos de cassação por indeferimento posterior do registro da candidatura quando este realmente era duvidoso. Se fala dos casos em que a fraude deu causa à cassação e nestes casos, não se pode admitir que o fraudador não se submeta às regras da responsabilidade civil. Se por um ato ilícito tenha causado dano ao patrimônio alheio, e este dano esteja diretamente ligado ao ilícito praticado, o causador do dano se responsabiliza a reparar o prejuízo, e isso, necessariamente precisa valer a todos, sob o risco de termos dois tipos de responsabilidade civil, a que estão submetidas o cidadão comum e a que se submete o político desonesto.

Um dos argumentos da defesa dos candidatos cassados foi em relação a apresentação das contas referentes aos custos da eleição. Mesmo partindo da premissa que os tribunais eleitorais são os legitimados à prestarem tal informação, algum mecanismo transparente nos parece ser necessário para que o candidato condenado ao reembolso, tenha como saber e acompanhar detalhadamente se o que dele está sendo cobrado, é realmente aquilo que a prática do seu ato ilícito tenha ocasionado de prejuízo à União. Imputar a responsabilidade civil a alguém para que este repare o dano causado, não significa cobrar deste algo que não tenha sido causado diretamente pelo dano e para que não reste dúvidas sobre os valores, os custos de reparação precisam ser claramente demonstrados.

Deixamos aqui uma sugestão no sentido de que a Justiça Eleitoral desenvolva, ou até mesmo divulgue aos candidatos durante o período de campanha, o quanto cada eleição deverá custar ao Erário, de forma que nos casos de cobrança de novo pleito, este não seja um problema causador de desconfiança e que cada candidato saiba antecipadamente, o quanto a União irá lhe cobrar, caso o candidato utilize de alguma ilicitude durante a campanha que possa lhe custar a cassação do mandato. Esta informação, além de esclarecedora poderia ter um caráter educativo e ao mesmo tempo desestimular que as ilicitudes fossem praticadas, diminuindo assim significativamente o número de eleições suplementares existentes no Brasil.

REFERÊNCIAS

GONCALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9^a. ed, São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Jose Jairo. **Responsabilidade Civil e Eficácia**. 1^a. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FILHO, Jose dos Santos Carvalho. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 27^a. ed, São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA, Adriano Soares da. **INSTITUICOES DE DIREITO ELEITORAL**. 9^a. ed, Belo Horizonte: Forum, 2013.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. **DOS ABUSOS NAS ELEICOES**. 1^a. ed, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GOMES, Jose Jairo. **DIREITO ELEITORAL**. 10^a. ed, São Paulo: Atlas, 2014.

Advocacia-Geral cobra mais de R\$2,7 milhões de prefeitos cassados no Brasil pelo custo de novas eleições. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/236903. Acesso em: Maio 2016.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: junho 2016.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: junho 2016.

Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17051222/agravo-de-instrumento-ai-10827-pr-tse>>. Acesso em: junho 2016.

Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/141861987/processo-n-0001627-5620124025002-da-2-vf-cachoeiro-civel-execucao-fiscal-do-trf-2>>. Acesso em: junho 2016.

Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>>. Acesso em: junho 2016.

SUPREMOCRACIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PARADOXO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Rebecca de Souza Paiva

RESUMO

O que se pretende com o presente estudo é, considerando a atual estrutura da teoria constitucional, explicar a expansão do Poder Judiciário, principalmente, no que se refere à atividade do Supremo Tribunal Federal e o evidente desconforto no que se refere à teoria da tripartição de poderes e ao sistema de freios e contrapesos. Questiona-se, então, quais seriam os limites impostos aos juízes e a legitimidade democrática de suas decisões, nas hipóteses em que deixam de aplicar determinada legislação, ou lhes conferem interpretação diversa daquela prevista pelo legislador, quando convencidos de que seu conteúdo viola direitos fundamentais. Buscar-se-á analisar, à luz do pluralismo, da rigidez e supremacia da Constituição, a aparente inclinação antidemocrática ou contra majoritária do Estado Constitucional, presente nas decisões proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como se esse modelo de Jurisdição Constitucional é o mais adequado para garantir a efetivação dos Direitos Fundamentais. Demonstrar-se-á que atividade jurisdicional, entendida como a prolação de decisões autônomas e vinculantes poderia conferir maior proteção aos Direitos Fundamentais, assegurando a rigidez da Constituição, prevenindo o arbítrio do poder público por meio da jurisdição constitucional.

Palavras-Chave: Supremocracia; Jurisdição Constitucional; Democracia; Direitos Fundamentais; Paradoxo.

ABSTRACT

This paper aims, in the context of the Constitutional Theory structure, to explain the Judiciary Branch's expansion, especially, when it comes to the Supreme Court's decisions. And the obvious discomfort and concern about the theory of the tripartition of power and the system of checks and balances that they cause. Some people wonder, then, what are the limits to the judge's authority and the democratic legitimacy of their decisions in cases that they choose not to apply certain legislation when they are convinced that its content violates Constitutional Rights and wonder if such practice suffers from some sort of democratic foundations deficit. This paper will analyze, according to the pluralistic theory, the Judiciary Branch's expansion and the Federal Constitution's stiffness, the apparently undemocratic and counter majoritarian inclination of the Constitutional State. And will also assess whether the Constitutional Jurisdiction structure is the most appropriate structure to ensure the enforcement of Fundamental Rights. However, this article shall demonstrate that this jurisdictional activity, understood by the decisions autonomous and bindings, can mean more protection of the Constitutional Rights, can ensure the Federal Constitution's stiffness and can even prevent abuses of power from the government through constitutional jurisdiction.

Keywords: Supremocracy; Constitutional Jurisdiction; Democracy; Constitutional Rights; Paradox.

INTRODUÇÃO

O trabalho de pesquisa terá como objeto, sob o enfoque do Direito Constitucional, a

análise do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou a denominada instauração da Supremocracia e o papel de suas decisões na efetivação dos Direitos Fundamentais.

Buscar-se-á compreender se o modelo de Jurisdição Constitucional brasileiro se apresenta como mais adequado para garantir a supremacia e rigidez da Constituição Federal e uma proteção efetiva aos Direitos Fundamentais. Esse tema é extremamente relevante e muito debatido atualmente, uma vez que as decisões proferidas por magistrados e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal em casos de relevância social são, constantemente, alvos de críticas e questionamentos no que tange a sua legitimidade democrática e sua interferência no equilíbrio estabelecido entre os poderes.

A Constituição Federal estabelece limites jurídicos ao longo de seu texto à quem esta é confiada, quanto à função precípua de resguardá-la. Não obstante, é comum que esse modelo de Jurisdição Constitucional seja acusado de, inevitavelmente, provocar uma mudança na dinâmica político-decisória da Democracia, resultando numa progressiva restrição da discricionariedade dos órgãos políticos-majoritários.

O Supremo tem, constantemente, extrapolado sua função precípua de órgão responsável pela verificação e relação de subordinação das normas de escalão inferior com as constitucionais, como também vem exercendo funções típicas dos demais poderes, principalmente, aquelas reservadas aos órgãos representativos.

Nesse contexto, analisar-se-á, então, qual seria o remédio para o paradoxo formado entre constitucionalismo e regime democrático, considerando que ambos convivem no ordenamento jurídico, mas, a uma primeira impressão, repelem-se reciprocamente. Indaga-se, por fim, se a redução de competências e qualificação do processo de deliberação seriam medidas realmente eficazes no que tange à efetivação dos Direitos Fundamentais.

O primeiro tópico intitulado De Legislador Negativo a Poder Constituinte Reformador retrata a suposta distorção do papel de legislador negativo proposto por Kelsen. O Supremo, por vezes, acaba por agir como se legislador fosse, sem que a norma se submeta a um processo democrático, caracterizando uma espécie de poder constituinte reformador.

O subtópico intitulado A Rigidez, Supremacia e o Guardião da Constituição Federal:

Constitucionalismo Democrático no Brasil abordará, de forma breve, a história do constitucionalismo democrático brasileiro e, conseqüentemente, o papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição.

O subtópico seguinte sobre neoconstitucionalismo será de muita utilidade para explicar o papel dos magistrados. A superação do positivismo jurídico como paradigma para a compreensão das demandas jurídicas e sociais da atualidade é um assunto já unânime ou, pelo menos, dominante para a compreensão contemporânea da filosofia do direito. O positivismo, pautado em uma base filosófica de critérios racionais, lógicos, não metafísicos e formais, foi dando lugar a um novo movimento chamado neoconstitucionalismo.

Assim, serão exploradas as orientações doutrinárias de Hebbert Hart e Hans Kelsen, essencialmente positivistas, e o advir do pós-positivismo, focando sempre nas atribuições das Cortes Constitucionais, com fundamento nas teorias de filósofos neoconstitucionalistas como Ronald Dworkin, Ackerman, Luís Roberto Barroso, Peter Häberle, Konrad Hesse e Alexy.

O segundo tópico explicará o papel da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais. Serão apresentados quais são os riscos desta prática e os pontos positivos, no que se refere à fruição de Direitos Fundamentais. Para isso, o tópico foi subdividido para demonstrar as características do *Judicial Review* e do Sistema de Freios e Contrapesos (checks and balances) e, após, quais são os escopos da Jurisdição, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco. Isso porque tais assuntos são essenciais para demonstrar o papel exercido pela Corte, as críticas e limitações atribuídas a sua atividade, principalmente por filósofos como Jeremy Waldron, Griffin e Mark Tushnet.

O terceiro tópico retratará o paradoxo da Democracia, em que o Supremo, por meio de decisões antidemocráticas, promove a observância a valores fundamentalmente democráticos. Nessa esteira, serão discutidos, também, os conceitos de constitucionalismo e forma democrática de governo, utilizando-se os autores Chantal Mouffe e Jürgen Habermas para discorrer sobre democracias, principalmente, o modelo radical. Em relação à incompatibilidade dos conceitos de democracia e consenso, pluralismo e soberania popular, considera-se relevante mencionar a obra de Mouffe, que retrata a democracia agonista e a impossibilidade de se atender à demanda por consenso.

Far-se-á o uso do teor de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal para

ilustrar o que será estudado. Nesse sentido, a jurisprudência do STF e de Cortes internacionais, juntamente com os argumentos doutrinários, exercerá papel relevante para se chegar à conclusão da pesquisa, tendo em vista ser a manifestação empírica do que, doutrinariamente, será pesquisado. A conclusão será responsável por analisar se a Supremocracia realmente existe, se é um problema e, se positiva a resposta, quais são as melhores soluções para resolvê-lo.

1 DE LEGISLADOR NEGATIVO A PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

O presente tópico tem o objetivo claramente elucidativo e conceitual. Será apresentado o processo de instauração do Constitucionalismo Democrático no Brasil, os motivos os quais impulsionaram a instituição de uma nova ordem constitucional. Descreverá o papel do Supremo Tribunal Federal e a expansão de suas competências, como se dá a proteção e a manutenção da rigidez e supremacia da Constituição. Logo após, será analisada a transição da teoria do positivismo jurídico para o neoconstitucionalismo, com enfoque no papel dos magistrados e da sociedade como transformadores sociais e intérpretes da Constituição. Por fim, será descrito o que se compreende por Supremocracia, as críticas atribuídas ao comportamento dos Ministros do Supremo, bem como a sua relevância na efetivação de direitos fundamentais.

1.1 A Rigidez, Supremacia e o Guardião da Constituição Federal: Constitucionalismo Democrático no Brasil

A tradição da *civil law* — romanística (nações latinas e germânicas) — surgiu após a Revolução Francesa, período em que a lei ganhou mais destaque como a "única expressão autêntica da Nação", conforme destacou Rousseau em sua obra sobre o contrato social. Trata-se de uma tradição que parece conferir maior valor ao processo legislativo, ao aspecto normativo, à criação de códigos, em detrimento das demais fontes do direito.¹ A *common law*, tradição anglo-americana, por sua vez, tem como ponto mais forte os usos e costumes, bem como a jurisprudência, os precedentes, o resultado da expressão do Parlamento.

Ambas são resultado de culturas diferentes e possuem raízes diversas, mas, progressivamente, têm se influenciado no sentido de que as normas positivadas estão ganhando mais destaque na tradição da *common law*, enquanto que, na *civil law*, precedentes estão sendo

¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 29ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 141.

tratados de forma mais relevante. Assim, considerando ambos os ordenamentos, o magistrado possui diferentes níveis de liberdade para se realizar uma interpretação acerca de uma norma ou de uma situação fática.

Sob o contexto do brasileiro, sabe-se que o país passou por diversas transformações ideológicas em seu plano governamental, até a adoção da atual forma de governo, uma República Democrática. O período pós-guerra, portanto, ocasionou a instituição de uma nova ordem constitucional e impulsionou a reconquista, positivação e proteção dos direitos humanos presentes na Declaração da ONU, relativos à vida, à integridade física, direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, civis, dentre outros, de toda espécie, que foram vulnerados durante a vigência da guerra.

Lutou-se, ademais, pela reconquista dos direitos de participação política, que se concretizaram na Constituinte e resultaram na promulgação da Constituição Federal de 1988 — chamada de Constituição cidadã por Ulysses Guimarães, à época presidente da Assembleia Nacional Constituinte — sendo esta responsável por redefinir as relações entre os Poderes da República, dando abertura ao mecanismo do *Judicial Review* e o papel ativo do Judiciário.

Tais transformações exigiram a produção de um novo texto que refaria o pacto social até então vigente. Esse período histórico, em certa medida, teve como inspiração ideais Iluministas, no que se refere ao respeito e valorização dos direitos individuais, que representavam postulados de abstenção do Estado e, ao mesmo tempo, pressupunha uma imposição a uma participação mais ativa no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente, os de natureza social.

Os países que adotaram o sistema de *common law*, naturalmente, graças ao seu mecanismo de operação o qual confere maior destaque a precedentes, propiciam ao judiciário maiores poderes para dar a última palavra acerca de diversas situações que são levadas a ele, já que dão muita importância para outros elementos diversos de enunciados normativos, elaborados através de órgãos legislativos próprios. Além disso, há o instituto da *stare decisis* das decisões dos tribunais. Dessa forma, tanto no âmbito da *civil law* como da *common law*, está se recorrendo à jurisdição constitucional como mecanismo de defesa da Constituição e dos direitos nela previstos. O que é entendido, muitas vezes, como ativismo judicial.

O processo de expansão do poder judicial é um fenômeno que está progressivamente em curso nas sociedades contemporâneas. Segundo Luiz Werneck Vianna, é caracterizado pela normatização de direitos fundamentais², o reforço das instituições típicas do Estado Democrático de Direito e as investigações nos casos de corrupção no âmbito da política, a chamada criminalização da responsabilidade política.³

Isso quer dizer que a redemocratização do país provocou, então, uma horizontalização entre Estado e sociedade. O que significa que a tradicional disposição vertical entre Estado e indivíduo rompeu-se, o Estado e o Poder Judiciário deixaram de ser meros instrumentos de aplicação da lei, o papel do juiz como boca da lei foi superado, não está mais adstrito a uma atividade silogística de subsunção do fato à norma. Ao invés disso, tornaram-se responsáveis por implementar políticas públicas para alcançar a efetivação de direitos, tendo em vista que qualquer ação ou omissão por parte do Estado deve ser pautada pelo objetivo de melhor atender às necessidades do cidadão.

Implementou-se um constitucionalismo democrático, que tinha como objetivo garantir a rigidez da Constituição e, ao mesmo tempo, a consolidação do regime democrático.

Ao conceituar essa ideologia, Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça se manifestaram no sentido de que “Democracia significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. Constitucionalismo, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita”.⁴. Simultaneamente, portanto, o povo desfruta da titularidade do poder constituinte originário e a Lei Maior contém disposições limitadoras, as quais vinculam a todos.

A Constituição Federal, em seu Preâmbulo, conta que teve como inspiração para a realização da Assembleia Constituinte o propósito de "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança".

² Brasil, Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998. art. 5º ao 17 da Constituição Federal de 1988.

³ Brasil Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998, arts. 37, § 4º, 55, inciso II e 85.

⁴ BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. **O STF entre os seus papéis contramajoritário e representativo**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-entre-seus-papeis>><http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-entre-seus-papeis-contramajoritario-e-representativo>> Acesso em 31 de mar. de 2013.

Seria esta, portanto, o "documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem".⁵ Dessa forma, a Carta é um documento rígido a qual detém a supremacia e submete todos a sua observância.

Esta nova ordem constitucional, além disso, conferiu *status* constitucional às instituições que funcionam em paralelo com os poderes do Estado, são estas as funções essenciais à justiça. Tais como a Advocacia pública ou privada, o Ministério Público⁶ na defesa de direitos indisponíveis e interesses coletivos, Defensoria Pública⁷ na defesa de hipossuficientes.

1.2 O que é Supremocracia? O STF Responsável pelo Desfecho de Questões Socialmente Relevantes

O Poder Judiciário vem, ao longo das últimas décadas, recebendo inúmeras críticas à sua atuação, principalmente em se tratando do Supremo Tribunal Federal. A essa atuação, dá-se o nome de ativismo judicial.

Esse termo é evocado para caracterizar um fenômeno de expansão do Poder Judiciário, em que juízes passam a ocupar posições na estrutura decisória, que anteriormente eram diluídas entre os demais poderes, ocorrendo, assim, uma sobreposição ou protagonismo deste Poder em detrimento dos demais.

A juristocracia, portanto, seria uma mudança nos parâmetros decisórios, influenciando diretamente a estrutura democrática, causada por um "regime de governo conduzido por juízes".⁸ Tal atividade acaba por, inevitavelmente, restringir o grau de discricionariedade dos órgãos políticos majoritários e por, aparentemente, desestabilizar o equilíbrio entre os poderes. Transformando o ordenamento em um governo em que as Cortes

⁵ BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág 135

⁶ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998, art. 81 e incisos da Lei 8.078 de 1990, bem como da Lei 7.347 de 1985.

⁷ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998 arts. 5º, inciso LXXIV, e 134.

⁸ SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe**. Oxford University Press, 2000, p.65.

Constitucionais seriam soberanas e dariam a última palavra em relação aos direitos fundamentais.⁹

Como foi explicado no tópico anterior, na Europa e Estados Unidos, a partir do século XX, os governos passaram a ter traços judicialistas, a supremacia do Parlamento deu lugar à do Poder Judiciário. Podendo-se considerar, inclusive, que ocorreu uma superação do majoritarismo representativo de inspiração revolucionária.

Esse papel político exercido pelas Cortes acaba por interferir na dinâmica dos poderes. Assim, diante de um sistema de governo predominantemente judicialista, põe-se em questionamento qual seria o limite imposto ao órgão incumbido de jurisdição constitucional e qual o nível de deferência que deve ao legislador.

O Supremo Tribunal Federal tem se afastado do modelo proposto por Hans Kelsen no qual atuaria como legislador negativo que deveria ser exercido por um órgão específico, uma Corte Constitucional. Atualmente, o cenário apresentado é de um STF exercendo, de fato, o poder constituinte reformador, ao ultrapassar suas competências originárias e adentrar naquelas típicas dos demais poderes.

Assim, o processo de tomada dos poderes decisórios originalmente incumbidos às instituições representativas, é o que se denomina Supremocracia, um governo em que as questões políticas controversas são decididas pelas Cortes e não no por pessoas reunidas no Parlamento.¹⁰

Oscar Vilhena, em seu artigo intitulado Supremocracia, critica o acúmulo de competências incumbidas ao STF, a que dá o nome de competências superlativas e que, num sistema democrático, deveriam estar distribuídas entre os três poderes. Continua, afirmando, que a Corte exerce a função de julgar as ações de controle concentrado, apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, decidir sobre questões relativas ao sistema político, de foro especializado, aprecia atos secundários do parlamento, última instância

⁹ PAIVA, Paulo. **Juristocracia?** In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 499.

¹⁰ HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. In: Fordam Law Review, 2006, Vol. 75, N. 02, p.722.

judicial, dentre outras. O que desgasta sua autoridade, retirando-lhe tempo para lidar com questões essenciais.¹¹

Aduz o autor que o remédio para esse acúmulo de atividade é a autocontenção, mediante algumas mudanças de natureza institucional. Propõe, então, a redistribuição dessas competências, a redução das decisões monocráticas proferidas pelos Ministros do Supremo, a fim de se evitar a fragmentação do entendimento da Corte, ainda mais levando em conta que o STF, normalmente, é quem tem o direito de errar por último.

Além disso, propõe, também, uma forma de qualificar melhor o seu processo deliberativo de votação, uma vez que os Ministros, muitas vezes, levam ao plenário decisões pré-redigidas, o que falta é uma discussão acalorada sobre o caso. A agenda de julgamentos também deveria ser melhor formulada. Por fim, o autor reconhece que tais medidas não iriam solucionar por completo o excesso de competências do STF, mas, ao menos, iriam conferir maior qualificação ao processo de deliberação.

Dessa forma, questões de alto grau de relevância política e social são levadas ao Supremo e tiveram seu desfecho determinado por ele:

(i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADPF 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS - caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas raciais e sociais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula n. 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF); (xi) importação de pneus usados (ADPF 101/DF); (xii) proibição do uso de amianto (ADI 3937/SP).¹²

Para ilustrar exatamente o que está sendo estudado, destaca-se, também, a decisão em que se discute a inaplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições que seriam

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In Revista Direito GV. n. 2, vol. 4. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹² BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 231.

realizadas no ano de 2010¹³; outro exemplo, é o julgamento responsável por reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo¹⁴.

Ressalte-se a Reclamação 4.335-5/Acre referente à inconstitucionalidade da lei de crimes hediondos, que resultou na possibilidade de concessão de progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, em nome do princípio da dignidade humana e da individualização da pena. Com base nisso, o STF entendeu que tal decisão deveria alcançar a todos. Ocorreu, então, uma mutação constitucional que acabou por suprimir a competência privativa do Senado Federal (art. 52, X, da CF) de conferir efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade de normas do STF em controle difuso, dispositivo este amparado pelo art. 60, §4º, inciso III, da CF.

Menciona-se, também, o HC 126.292, em que o Supremo julgou constitucional a execução da prisão com a decisão condenatória confirmada em segunda instância. E o caso referente à perda de mandato por infidelidade partidária, no qual o Supremo interveio para dar uma maior regulamentação ao sistema representativo, no bojo do MS 26.603/DF, ante a falta de regras específicas. Acrescente-se que o atual cenário político brasileiro também serve como exemplo da referida atitude ativista do Supremo Tribunal Federal, como o processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff e a operação Lava-Jato.¹⁵

No julgamento da ADPF 54, a Corte, por maioria, julgou procedente o pedido formulado no sentido de autorizar a interrupção ou antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico. Os Ministros que foram vencidos se manifestaram contrariamente à procedência da ADPF, uma vez que estão presentes em dispositivos do Código Penal as hipóteses autorizativas de aborto e fetos com condição de anencefalia não era uma delas. Ponderaram que a intervenção da Corte, portanto, resultaria em uma sentença aditiva, já que se criaria uma exculpante para o crime de aborto, previsto no art. 128, do Código Penal. Configurando, assim, uma invasão na esfera de conformação do legislador.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 633.711, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília-DF, 18/06/2016.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ e ADI 4.277, Rel. Min. Carlos Britto. Brasília 18/06/2016.

¹⁵ Conferir: **BLOG OS CONSTITUCIONALISTAS**. Oscar Vilhena. **Vivemos o Ápice do Nosso Momento Supremocrático**. maio. 2016. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/oscar-vilhena-vieira-vivemos-o-apice-do-nosso-momento-supremocratico>>. Acesso em: 02.06.2016.

Sob o contexto internacional, acrescenta-se que o Tribunal Constitucional Português, declarou a constitucionalidade da Lei n. 11/2010, que previa o aumento de taxas referentes ao IRS - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares no Acórdão n. 399/10. Declarou, ademais, no bojo do Acórdão n. 353/12, a constitucionalidade de normas que determinavam significativa redução remuneratória de uma certa classe de trabalhadores, como a suspensão do pagamento da remuneração de férias e período de natal.

Essa série de medidas adotadas pela Corte, certamente, se encaixam no conceito de decisões ativistas que interferiram na dinâmica de direitos fundamentais. Por esta razão, implicaram severas críticas. Ocorre que, por causa da crise econômica e financeira que pairava sobre a maioria dos países da Europa, entendeu por aprovar medidas restritivas de direitos para tentar saná-la, ou, ao menos, amenizá-la.

Um caso que se deu na Itália também merece ser mencionado. Pleiteava-se a interrupção do tratamento de alimentação com sonda gástrica que mantinha uma jovem em estado vegetativo por anos. A pretensão foi acolhida. E, mais uma vez, a Corte foi veementemente criticada por invadir a esfera de competência de legislar. A Corte justificou sua atuação asseverando a necessidade de colmatar lacunas que o próprio legislador não sanou quando deveria tê-lo feito. Os Estados Unidos, mais tarde, concederam o direito de morrer (*right to die*) a uma situação análoga, no caso de Terri Schiavo.

Tais assuntos, assim como tantos outros que são levados para serem decididos perante as Cortes, versam, normalmente, sobre assuntos polêmicos, que dividem posições doutrinárias e ideológicas diversas. Em outras palavras, caracterizam-se como verdadeiros dissensos morais e políticos. As decisões prolatadas em sede de controle de constitucionalidade, portanto, têm por objetivo dar efetividade a direitos fundamentais, independentemente da vontade predominante do povo e das manifestações das instituições político-majoritárias.

O que resta saber é se a criação judicial do direito é uma expressão que caracteriza um desencontro de expressão verbal, imperativos de consequência lógica, ou se realmente se trata de um problema instaurado na sociedade contemporânea.

1.3 Neoconstitucionalismo e o Papel dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

O positivismo jurídico é corrente filosófica que tem como base pensamentos lógicos, formais e racionais. O neoconstitucionalismo veio para preencher as lacunas deixadas pelo positivismo. De fato, boa parte da doutrina já o considera há muito ultrapassado para ser utilizado como instrumento de compreensão das demandas contemporâneas do direito. Porém, explicar a transição do positivismo ao pós-positivismo jurídico é extremamente relevante para entender o papel da Corte Constitucional, sua expansão e os limites a ela impostos.

Para tanto, o presente subtópico retratará primeiramente o positivismo jurídico de Kelsen e Hart e, posteriormente, o advir do pós-positivismo jurídico, investigando, sobretudo, elementos conceituais propostos pelos filósofos pós-positivistas acerca da Suprema Corte e do papel dos magistrados.

A teoria positivista do direito é, pois, essencialmente, contrária ao jusnaturalismo e, por esta razão pretende se proteger das incertezas provocadas por ele. Busca, portanto, compreender o direito de forma objetiva, de modo a ignorar quaisquer elementos da metafísica transcendental, ideias de moral, ética, sociologia dentre outros, excluindo tudo que seja estranho ao que se pode considerar rigorosamente como direito. Defende a existência de uma norma fundamental definida como pressuposto lógico, formal e científico.

No ordenamento, de acordo com Kelsen em sua obra Teoria Pura do Direito, é determinado que a relação de uma norma de escalão superior que regula o ato por meio do qual se origina a norma de escalão inferior é de vinculação (relação de subordinação), portanto, determina não só o processo em que esta é criada, mas seu conteúdo.

Esta vinculação, entretanto, não pode ser completa, bem como não pode abranger todos os aspectos relacionados à criação de normas, uma vez que há a possibilidade de apreciação e adequação desta para cada caso, há o ato de vontade, a busca por consequências úteis para o ordenamento que levem à eficácia e há as peculiaridades do mundo empírico, que nem sempre a norma consegue prever.

A moldura normativa proposta por Kelsen, então, define uma delimitação imposta pela norma à atuação dos magistrados diante das imprecisões em face de um caso concreto. Dentro dessa moldura existem várias possibilidades de aplicação e diversos sentidos. Caberá, então, ao juiz, mediante um ato de vontade resultante de uma interpretação cognoscitiva, decidir entre esta ou

aquela possibilidade, observando estritamente o que permite a moldura normativa.¹⁶ Sendo assim, a interpretação não conduzirá necessariamente a uma única solução correta. Todas as possibilidades têm igual valor, porém, somente uma — aquela resultante do ato de vontade do juiz — será escolhida para ingressar no direito positivo.

A Constituição, portanto, seria uma norma de conteúdo obrigatório jurídico, fundamental e supremo do Estado e comporia um sistema fechado. Da qual todas as demais normas retirariam seu fundamento de validade.

Para o filósofo Herbert Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, há um tipo básico ou primário de regras que é responsável por exigir que os indivíduos façam ou se abstenham de realizarem determinadas ações, independentemente de sua vontade, ou seja, impõe deveres.

A outra modalidade de regras é chamada por Hart de secundárias em relação às primeiras, na medida em que autorizam que os seres humanos criem, estabeleçam novas hipóteses de incidência, bem como fiscalizem sua aplicação. Estas atribuem, portanto, poderes, públicos ou privados, criam e alteram os deveres e obrigações.

Destaca a necessidade de haver um observador para fazer uma correlação entre os desvios de comportamento que eventualmente pessoas cometem e as possíveis coerções para cada caso. Porém, além desse conhecimento, é necessário obter um ponto de vista externo, o qual revelará o modo por que as regras funcionam como tais.¹⁷

Para entender as regras de uma sociedade, não basta analisá-las sob o ponto de vista das regras primárias. Hart conclui, então, que o remédio para tais defeitos consiste em complementar as regras primárias com as secundárias. Isto é, deve-se introduzir aquilo que chama de regra de reconhecimento (*rule of recognition*): "Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce."¹⁸

¹⁶ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo. Editora: Martins Fontes, 1999, p. 247-248.

¹⁷ Hart, Herbert L.A. **The Concept of Law**. 2ª edição. Oxford University Press, 2009, pág. 99.

¹⁸ *Idem*, pág. 104.

O que quer dizer que uma regra vigorará em uma sociedade, oficialmente, desde que haja apoio da pressão social exercida por determinados grupos integrantes dessa sociedade, conferindo autoridade àquele comando normativo, eliminando qualquer dúvida acerca de sua vigência, elementos estes formadores de um sistema jurídico capaz de garantir a autoridade da norma. A norma secundária, então, identificará a norma primária de obrigação e pode se traduzir por diferentes fontes, tanto a referência a um texto dotado de autoridade, quanto os precedentes de casos concretos.

O segundo defeito seria seu caráter estático, uma vez que a única forma de alterar e atualizar tais regras seria através do lento processo de transformação de hábitos em obrigações ou não. O remédio para esse defeito seria a introdução das denominadas regras de alteração (*rules of change*). Assim, deverão incorporar algum aspecto de legislação para que uma regra primária se torne válida e pertinente ao sistema e é dessa forma que as normas primárias e secundárias se relacionam.

E o terceiro defeito consistiria no fato de que, se não houver uma autoridade especialmente dotada de poder incumbido de determinar, de forma definitiva, e com autoridade o fato da violação, a aplicabilidade de determinada norma ao caso concreto e sua extensão, a pressão social se torna ineficaz.

O remédio apresentado por Hart para suprir essa ineficácia da pressão social, consiste em atribuir poderes-deveres a alguma autoridade para que essa profira determinações dotadas de autoridade acerca da eventual violação de regra primária e a forma de julgamento. Com a introdução das regras de julgamento (*rules of adjudication*), serão atribuídos poderes judiciais para julgar, aplicar normas e sanções e um estatuto especial sobre violação de obrigações. São responsáveis, ademais, por definirem os conceitos de juiz, tribunal, jurisdição e sentença.

Essa espécie normativa poder ser considerada também uma norma de reconhecimento, na medida em que, ao atribuir jurisdição, as sentenças dos tribunais se tornarão fonte de direito e, portanto, delas se extrairá uma norma. Dessa forma, ao julgar se uma norma foi violada ou não, estará determinando o conteúdo daquela norma, o que ela é. Não pode ter sua validade questionada, porque não há outra regra que lhe imprima validade. Sabendo disso, pode-se concluir que os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo são juridicamente limitados, não são soberanos.

No âmbito do Poder Judiciário, tem-se que os juízes proferem declarações de autoridade, contudo, há situações em que, entre as aplicações dessas regras dotadas de autoridade e a compreensão geral acerca do que a regra exige, estabelece-se uma relação de conflito. Trata-se do conflito entre o ponto de vista dos que têm o poder-dever de prever o direito, conforme as regras — ponto de vista externo (*acts in the law*) — e daqueles que utilizam tais regras como padrões para o seu próprio comportamento e de seus semelhantes — ponto de vista interno.

Quando um grupo social entende que uma norma de reconhecimento foi violada pelo juiz, é comum haver uma pressão crítico-social sobre essa atitude, com o objetivo de frisar que seu trabalho não é identificar o que é justo ou não, agindo sob a influência de convicções pessoais, há um sistema de regras a ser observado.

Sabe-se que há limites para a atuação do magistrado em relação à atividade de aplicar as normas ao caso concreto, mas há certamente determinadas situações no que se refere ao conteúdo e alcance das regras, que não há respostas claras quanto ao nível de deferência do magistrado à regra. Há casos em que é possível aplicar, sem dúvidas, uma certa regra, contudo, há casos em que há razões que justifiquem tanto a aplicação quanto a não aplicação.

Hart afirma que nada pode eliminar essa dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida quando se mistura realidade empírica com regras gerais. Essa parcela de imprecisão afeta a regra de reconhecimento, o que, inevitavelmente, confere maiores poderes ao magistrado, uma vez que é ela que delimita a atividade dos juízes de aplicação de normas ao caso concreto. A norma de reconhecimento seria, portanto, um instrumento de contenção do ativismo judicial, uma vez que restringe a atividade dos magistrados, com o objetivo de exprimir uma realidade social.

A teoria proposta por Hart, então, dá importância a determinados aspectos sociais que a teoria formulada por Kelsen não o faz, apresentando certos traços decisionistas, em razão da discricionariedade proporcionada à figura do magistrado.

Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, ao se deparar com essas diversas vertentes do positivismo jurídico, propõe uma teoria que não necessita, ao menos a princípio,

de recorrer a suportes metafísicos.¹⁹ Os aspectos de sua teoria pós-positivista exercem um relevante impacto no papel dos magistrados e das Cortes Constitucionais, uma vez que defendem não haver espaço para a discricionariedade judicial, quando da resolução de casos concretos.

Para o filósofo, portanto, mesmo que o magistrado se depare com um caso difícil ou esteja diante de omissão legislativa, não é razoável que decida conforme sua própria consciência ou conveniência. Em outras palavras, um julgador não deve apelar a padrões morais ou de qualquer outra natureza, por ato de vontade, ainda que a norma positiva lhe seja insuficiente. Dessa forma, juízes das Cortes seriam impedidos de atuarem como profetas ou Hércules do direito.²⁰

É de se preocupar, contudo, que tal teoria acabe por ocasionar o retorno a preceitos jusnaturalistas e metafísicos transcendentais. Para se prevenir disso, o filósofo destaca que os princípios têm caráter normativo²¹ e servirão para diminuir essa lacuna, devido ao seu maior grau de abstração, mas jamais às suas convicções pessoais, para se alcançar a solução mais adequada à controvérsia. Defende que a ordem jurídica é composta por um conjunto de normas jurídicas, de regras e princípios norteadores.²²

Habermas assinala, contudo, que a teoria de Dworkin tem uma visão bastante otimista da história, seu modelo hermenêutico construído a partir de princípios substantivos somente funcionaria, porque tem muita confiança nas tradições constitucionais americanas. Diante disso, propõe que sua teoria substantiva seja substituída pela procedimental, segundo a qual, o modelo de democracia constitucional tem como base uma série de procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade — buscando a autodeterminação política —, não em valores substantivos.²³

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. xi-xii

²⁰ _____. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 11.

²¹ Ronald Dworkin criticou muito as vertentes do positivismo jurídico. Confira-se o debate acadêmico estabelecido com o filósofo jurídico inglês Herbert Hart, o qual foi mentor de Dworkin, e um dos maiores expoentes do positivismo jurídico: SHAPIRO, Scott J. *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*. Michigan Law – Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Ann Arbor, Working Paper no. 77., 2007.

²² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 340-341.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Tradução de William Rehg. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press. 1996.

Em seguida, Robert Alexy propõe um sofisticado modelo para se resolver conflitos entre princípios, prevenindo, assim, a discricionariedade de juízes ao lidarem com conceitos mais abstratos que as regras. O chamado critério da ponderação (hermenêutica constitucional), seria responsável por aferir a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de princípios em conflito aparente. Tal critério, não obstante sua relevância, não será aprofundado no presente trabalho, tendo em vista que o intuito é somente demonstrar os mecanismos criados por diversos filósofos neoconstitucionalistas para restringir a discricionariedade do juiz proposta pelo positivismo jurídico.

A ascensão do neoconstitucionalismo, portanto, deu-se após o século XX para suceder o Positivismo Jurídico. Visa a eficácia máxima da Constituição, principalmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais. Além disso, busca essencialmente garantir a máxima efetividade da Constituição, o que significa que as normas constitucionais serão interpretadas de modo a conferir-lhe o maior grau de eficácia, bem como sua força normativa, este último formulado por Konrad Hesse.²⁴

Como foi demonstrado com as teorias de Dworkin e Alexy, o pós-positivismo caminhou no sentido de tolher o grau de discricionariedade dado ao magistrado no positivismo de Hart e Kelsen com a ascensão de valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios. Em outras palavras, promove reaproximação entre direito e ética, direito e moral, direito e justiça. A Constituição seria, então, o resultado de um conjunto de valores, ideais comuns e de um processo histórico de um povo que busca a efetividade de um amplo sistema de direitos, conforme descreve José Afonso da Silva:

O Constituinte rejeitou a chamada constituição sintética que é a "constituição negativa", porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de 'constituição-garantia' (ou constituição-quadro), A "função garantia" não só foi preservada como até ampliada na nova Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limites. Assumiu o novo texto a característica de 'constituição dirigente', enquanto define fins e programa de ação futura.²⁵

O conceito de constituição dirigente utilizado por José Afonso da Silva, vai de encontro ao que pregava o positivismo jurídico. Além de amparar as demandas individuais por meio de

²⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Política, n. 60/61, UFMG, 1985.

regras pré-estabelecidas, responsáveis por regular todo o ordenamento, a Constituição passa a ser interpretada segundo um conjunto de valores de uma coletividade.

Não é, portanto, um documento que exprime um sistema fechado de regras, mas, confere relevância a valores de natureza socioculturais, morais, éticos, econômicos, políticos, dentre outros, vigentes em uma determinada sociedade:

Esse constitucionalismo democrático, calcado no binômio dignidade humana/solidariedade social, ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas. Uma visão democrática da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual.²⁶

Ainda que se esteja lidando com liberdades e garantias individuais, deve-se fazê-lo pautando-se pelo bem-estar social, uma vez que os direitos fundamentais são normas previstas na Constituição e esta concede um espaço para que sejam interpretados de acordo com os valores norteadores do ordenamento jurídico e, por esta razão, fala-se em dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Cumprir-se ao fato de que, não obstante haver um espaço para a introdução de compreensões extraconstitucionais, o ordenamento não está submetido a uma ordem de valores abstrata. Não se defende um subjetivismo interpretativo, os preceitos constitucionais devem sempre ser respeitados e servem de limite. Entretanto, quanto maior o grau de abstração da norma ou abertura constitucional existente, exigirá maior intensidade na interpretação. Por esta razão, o neoconstitucionalismo contribuiu para o fenômeno do protagonismo da Suprema Corte.

O positivismo jurídico identificava os direitos fundamentais como formas de proteção do indivíduo em detrimento do Estado, evitando o arbítrio. O neoconstitucionalismo, por sua vez, estabelece que seriam restrições impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado.

Esse processo de concretização da Constituição abrange tanto a aproximação entre direito e a realidade empírica, como a ampliação da participação do rol de intérpretes na atividade hermenêutica. A partir daí, membros institucionais da sociedade civil passaram a ser

²⁶ VIANNA, Luiz Werneck. **Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pág. 30.

legitimados para provocar o guardião da Constituição, no sentido de obter um pronunciamento acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, caracterizando a adesão a elementos típicos de uma democracia participativa. Cidadãos, pessoas reunidas em associações, partidos políticos, entidades de classe, etc. passaram a integrar o processo interpretativo de concretização da Constituição.

Barroso, por sua vez, enxerga o direito constitucional e o juiz constitucional como protagonistas da transformação social.²⁷ Ackerman, em sua obra *We The People*, e Balckin, no entanto, vão dizer que existem vários atores constitucionais e que os juízes não são os mais importantes. O juiz é só mais um dos atores. Todos os grupos sociais, todos os movimentos sociais tentam levar uma visão constitucional para o debate e colocá-la no centro de uma sociedade.

O cidadão deve ter consciência de onde se encaixa na política para que a sua visão passe a prevalecer na sociedade. Então, para mudar o pensamento de uma Corte, este cidadão tem que ingressar em grupos sociais ou em grupo de opressão, porque, em última instância, são eles que modificam o cenário político de uma sociedade. A Suprema Corte diante de uma cidadania fortemente mobilizada, tomando decisões de natureza política, não poderá atuar senão de acordo com o império da lei e de seus fundamentos democráticos. Assim, se a população quer mudar o que a Suprema Corte está decidindo, deve mudar a cultura. A Corte seria relevante do ponto de vista de legitimar os movimentos democráticos, racionalizando novas construções constitucionais e legitimando-as.²⁸

Peter Häberle, nesse sentido, destaca que a atividade hermenêutica sempre foi enxergada como monopólio de juízes concretizada por meio de procedimentos formalizados, o que restringia a interpretação constitucional a um modelo de sociedade fechada. A Constituição deveria ser interpretada por todos que a vivenciam, não somente pelo órgão incumbido de jurisdição. Trata-se da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.²⁹

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

²⁸ ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Cambridge: The Belknap Press, 1993.

²⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 12.

Isso porque entendia que o método sistemático positivista de interpretação não era capaz de atender às peculiaridades e perplexidades da nova ordem constitucional, ainda mais com o exemplo do que ocorreu na época da ascensão do Nazismo, em que todas as atrocidades estavam amparadas por leis, o que comprovaria que a lei é essencial à operação de uma sociedade, porém, pode ser muito injusta. Diante disso, o Tribunal de Nuremberg interferiu para aplicação de princípios morais universais de direitos humanos na condução do julgamento.

Segundo a corrente do pós-positivismo, o destinatário da norma é, ao mesmo tempo, personagem ativo no processo de interpretação das normas. Dessa forma, quanto mais plural uma sociedade, mais aberto será o processo de hermenêutica constitucional.³⁰

Nesse sentido, Konrad Hesse também passou a defender a corrente do pós-positivismo, com a finalidade de aperfeiçoá-la. Dessa forma, a Constituição, apesar de ser norma jurídica, deixaria de ser enxergada como uma norma fechada em si mesma, mas compreendida como um sistema aberto de regras e princípios.

Para tanto, criaram-se as funções essenciais à justiça — como já foi citado no subtópico anterior — concedeu-se eficácia constitucional aos institutos da ação popular e da ação civil pública, legitimou-se o Ministério Público, o qual ficou responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais, coletivos e difusos. Esses pontos atuariam como amenizadores do suposto déficit democrático, já que promovem uma maior participação da sociedade em questões relevantes, como os direitos fundamentais.

O constitucionalismo democrático, portanto, revela-se como um processo de concretização da Constituição, conferindo efetividade aos direitos fundamentais. A sociedade exerce um importante papel nesse processo, já que tem o poder de provocar o Judiciário em caso de omissão por parte do poder público, que impeça o exercício desses direitos. O mandato

³⁰ HÄBERLE, Peter. Op. Cit, pág. 13.

de injunção (MI)³¹ e a ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO)³², por exemplo, são instrumentos que viabilizam a participação jurídico-política.³³

Anteriormente, com fundamento no princípio da harmonia e separação dos poderes, o Poder Judiciário não poderia suprir a omissão legislativa. Trata-se da posição não concretista.³⁴ Posteriormente, surgiu uma nova concepção, a posição concretista geral, segundo a qual, o Poder Judiciário estaria autorizado a suprir a omissão legislativa, conferindo-lhe efeitos *erga omnes*, atuando como legislador positivo. Assim, o STF garante a imediata fruição do direito fundamental e densifica uma regulamentação provisória à matéria até que seja editada a norma regulamentadora.

Os efeitos de uma decisão desse natureza são mandamentais-aditivos. As sentenças aditivas ou modificativas são aceitas, em geral, quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória.³⁵

Um exemplo de sua aplicação é a questão relativa ao direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII, da CF. Nesse caso, os Ministros entenderam que se fazia necessária uma regulamentação jurídica ante a falta de lei regulamentadora, já que, sem ela, as greves no âmbito público estavam sendo realizadas sem qualquer controle, comprometendo a prestação do serviço público e das próprias negociações, atingindo, conseqüentemente, os preceitos do Estado de Direito. Diante disso, ponderou o Ministro Gilmar

³¹ O Mandado de Injunção é um remédio constitucional que opera como mecanismo de proteção à Constituição e tem previsão no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. Seu cabimento se dá nas hipóteses em que a ausência de norma reguladora torna inviável o exercício de direitos fundamentais, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

³² A ADO é uma ação típica do controle concentrado de normas, sua análise e julgamento são realizados por um órgão jurisdicional específico, nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, de forma abstrata, conforme determina o art. 102, I, a, da Constituição Federal, bem como a Lei 9.868/99. A referida ação é o instrumento por meio do qual o Supremo Tribunal Federal analisará a omissão apontada e verificará se se trata de uma omissão no dever de legislar que esteja impedindo o cumprimento da Constituição, conforme art. 103, §2º, da CF.

³³ "A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional." (ADI 4029, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, DJe-125, publicado em 27-06-2012, RTJ VOL-00223-01 PP-00203).

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MI 168, Dje. 21.03.1990. Rel. Min Sepúlveda Pertence.

³⁵ BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

Mendes que não havia meios de justificar a "inércia legislativa e a inoperância das decisões da Corte".³⁶

Rui Medeiros, sobre essa questão, asseverou o seguinte: "o alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas."³⁷ Acrescentou, ainda, que a reivindicação por uma atuação mais positiva do Tribunal Constitucional é corolário da falência do Estado Liberal — época em que os Direitos Fundamentais consistiam, em certa medida, em postulados de abstenção por parte do Estado.

De qualquer forma, não é conferido ao legislador a opção de conceder ou não o direito de greve ao servidor público. Tal direito obtém amparo constitucional. Seus poderes encontram guarida somente quanto à disposição adequada da disciplina, frente ao conflito aparente e à necessidade de ponderação entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve e o direito a serviço público adequado e prestado de forma contínua. E em caso de mora, deve haver a intervenção do Poder Judiciário — ressalte-se que essa regra vale também para os demais direitos constitucionais pendentes de regulamentação.

Entenderam os Ministros, ademais, que conferir regulamentação provisória acerca do direito de greve dos servidores públicos não constituiria uma afronta à decisão fundamental do constituinte, mas, a garantia de maior efetividade dos preceitos Constitucionais. Até porque, tratando-se de direitos de cunho social ou econômico, na hipótese de omissão do legislador, não há como garantir-lhes a eficácia.³⁸

A posição concretista individual direta permite que o STF aplique, por analogia, lei já existente para solucionar o caso concreto, sendo a decisão dotada de efeito *inter partes*. A referida teoria foi aplicada no caso de ausência de lei complementar sobre aposentadoria, consubstanciada no art. 40, §4º da CF.³⁹

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI 708/DF, Plenário, DJE 31.10.2008, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁷ MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pág. 110.

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MI 712/PA, Plenário, DJE 31.10.2008, Rel. Min. Eros Grau, STF, MI 708/DF, Plenário, DJE, Rel. Min. Gilmar Mendes, e STF, MI 670/ES; Min. Rel. Maurício Corrêa; Plenário; DJE 31.10.2008, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Informativo nº 485. Brasília-DF. 22/04/2016.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MI 758/DF, Plenário, DJE 26.09.2008, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º.07.2008, Informativo nº 513. Brasília 18/04/2016.

Há, ainda, uma outra teoria, a intermediária. De acordo com esta, o Poder Judiciário, além de comunicar a omissão, fixará prazo para que a autoridade competente proceda com a edição da norma faltante. Tal posição foi adotada no ano de 2007, no caso da criação do Município de Luis Eduardo Magalhães.⁴⁰

Devido às demandas que chegam ao Judiciário por meio do remédio constitucional do Mandado de Injunção, percebeu-se a necessidade de mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas. Assim, o Tribunal, não mais está limitado a declarar a existência de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Tem o compromisso de exercer função que, inicialmente, incumbia somente ao legislativo, de legislador positivo, sendo-lhe legítimo, portanto, conferir regulamentação provisória sobre a matéria objeto do Mandado de Injunção. Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), era seguido o mesmo raciocínio.⁴¹

Tal atividade não pode ser tida como ativismo judicial, considerando que a própria Constituição dá abertura para isso. Cumpre ressaltar, que a jurisdição constitucional, além de restringir os abusos por parte do legislador, acaba por estimular a produção legislativa, o que é vantajoso para o funcionamento do ordenamento.

Muito se critica o fato de o judiciário resolver questões que deveriam ser discutidas no âmbito do legislativo, por meio de políticas públicas, por exemplo. Zagrebelsky destaca que as Cortes devem se abster se desempenharem funções paralegislativas, mitigando a discricionariedade dos órgãos representativos. O legislador não pode ser tratado como mero técnico.⁴²

A omissão inconstitucional, porém, pressupõe a inobservância de um dever de legislar, exigido pelo próprio texto constitucional ou a não observância a decisões fundamentais derivadas do processo de interpretação. Nesses casos, então, imprescindível a interferência do Poder Judiciário. Tal atividade, como já se afirmou, não pode ser confundida com uma usurpação às atribuições inicialmente incumbidas ao Legislativo. Até porque somente

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3682, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJ 06-09-2007. Brasília-DF. Brasília 18/04/2016.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.439/DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.05.1996, DJ 30.05.2003. Brasília 18/04/2016.

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2008

irá agir diante de uma omissão inconstitucional, em que se verifica o inadimplemento no dever constitucional de legislar.

O STF, na qualidade de guardião da Constituição, age para garantir a fruição imediata de direitos fundamentais. "(...) Mais que isso, não seria exagero afirmar que o constitucionalismo democrático brasileiro defende uma jurisdição constitucional que atue como regente republicano das liberdades positivas."⁴³ O Poder Judiciário e, especialmente, mediante a atividade do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, acaba atuando como protagonista em relação aos demais poderes, uma vez que é o último intérprete da Constituição.

2 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente tópico explicitará como se dá a relação entre os três Poderes da República (sistema de freios e contrapesos), passando pelo conceito e desenvolvimento do *Judicial Review* e as críticas atribuídas a ele por filósofos como Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Ackerman, no plano de países como Estados Unidos e Brasil, focando, no compular do texto, na atividade dos magistrados, principalmente, das Supremas Cortes. Posteriormente, serão explorados os três escopos da jurisdição (social, político e jurídico) e como se dá a harmonização e complementação entre si.

2.1 Judicial Review e Sistema de Freios e Contrapesos (Checks and Balances): Quais são os limites?

No que se refere à organização dos órgãos estatais, cumpre mencionar a tripartição de poderes, teoria proposta por Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis*. Tem esta o intuito de estabelecer uma disposição entre os poderes para conter eventual abuso de poder, de modo que estabelece uma divisão de funções entre os órgãos estatais:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria

⁴³ WERNECK VIANNA, Luiz. **Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 34.

perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do poder, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁴⁴

O que se verá a seguir é que ao interpretar esse texto clássico de Montesquieu, é possível chegar à conclusão de que não se nega uma atuação mais intensa da Corte, se isso for indispensável para efetivar a Constituição e a defesa dos direitos fundamentais.

A Constituição de 88 a incorporou em seu artigo 2º: "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário." Este princípio determina que (i) são independentes, isso quer dizer que possuem autonomia em relação aos demais; (ii) são harmônicos e, portanto, têm o poder-dever de fiscalizar e suprir uns aos outros, conforme o princípio inglês de freios e contrapesos (*checks and balances*). Cada poder exerce suas funções típicas e, também, as atípicas.⁴⁵

Nesse diapasão, resta saber se as questões apreciadas pelo Judiciário, que, originariamente, não lhe recaía a responsabilidade, seria uma afronta à teoria dos três poderes e à rigidez e supremacia da Constituição ou simplesmente imperativos de coerência lógica.

O que se deve levar em conta para responder a esta questão é que o sistema de *checks and balances* não significa uma separação rígida de competências, mas a existência de fiscalização recíproca entre os Poderes. Ademais, a Constituição Federal, apesar de ser um documento rígido e supremo, admite que haja espaço para que magistrados, especialmente, os do Supremo Tribunal Federal, realizem interpretações, considerando a realidade empírica de cada caso que lhes é apresentado, e decidam conforme seu convencimento, desde que tal interpretação normativa não seja contrária aos dispositivos e preceitos constitucionais.

Assim, a partir da instituição do constitucionalismo democrático oficialmente, destaca-se a observância ao direito subjetivo, inerente e irrenunciável do direito

⁴⁴ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1º vol., 1962, p.181.

⁴⁵ Mais detalhadamente, relativo às funções de cada Poder, em sentido estrito, diz-se que cabe ao Legislativo, precipuamente, elaborar normas gerais e abstratas e fiscalizar, tendo como funções atípicas administrar e julgar. Ao Executivo recai a responsabilidade de fixar diretrizes políticas administrativas em geral e chefia de governo e, atipicamente, julgar, legislar e fiscalizar e, finalmente, ao Judiciário incumbe a tarefa de julgar e atipicamente administrar, fiscalizar e legislar. A todos, como já citado, cumpre fiscalizar e suprir uns aos outros.

de ação, de provocar o Judiciário para obter a prestação jurisdicional, ou seja, a positivação do acesso à justiça.⁴⁶ Tal prerrogativa acabou por ocasionar a judicialização de conflitos em larga escala de matérias que, outrora, não eram levadas ao judiciário, tampouco tinham seu desfecho determinado por ele, como questões morais, econômicas e sociais. O que significa que se tornou frequente a judicialização da vida.

Há um certo temor em relação a essa ampliação de competências da Corte de que se instaure uma Supremocracia, ou seja, um governo de Ministros em que o STF acumula funções de competência originária dos demais poderes.

Uma Corte Constitucional que legitima outros elementos para os quais originariamente não foi incumbida sob o pretexto de salvaguardar a Constituição é constantemente acusada de usurpar a competência do Poder Executivo e Legislativo. Ao mesmo tempo, o Supremo não poderá se abster de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, ainda que isso signifique extrapolar suas funções originárias em caso de omissão ou ação insuficiente por parte dos demais poderes.

Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça observaram essa relação, descrevendo-a dessa forma: “o que se tem, portanto, é um equilíbrio delicado e dinâmico, em que se alternam momentos de ativismo e contenção, bem como momentos de alinhamento e desalinhamento com a vontade majoritária.”⁴⁷

Em síntese, este Poder exerce juízos de compatibilidade das demais normas com as Constitucionais, quando questionada a constitucionalidade das normas editadas pelo Parlamento, ora representante do povo composto por membros democraticamente eleitos. O Supremo afasta-se, então, do caráter representativo, assumindo uma postura, por vezes, contramajoritária, principalmente, por sua qualidade de guardião da Constituição e por ter o dever de garantir sua rigidez e efetividade com tamanha isenção que não se deixe influenciar por pressões populares.

Sob o contexto do direito norte americano, cumpre acrescentar que a supremacia do Parlamento — tradição herdada pelo direito inglês — vigente nos Estados

⁴⁶ BRASIL, Constituição, art. 5º, incisos XXXIV, XXXV e LIV, da Constituição Federal.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2011: um ano para não esquecer**. Disponível em <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf>. Acesso em 8 de abril de 2016.

Unidos foi superada em 1945, quando se passou a exigir uma atuação mais positiva por parte do Estado no que tange aos direitos e garantias fundamentais, tornando o Poder Legislativo juridicamente limitado. Outro motivo, foi a instauração de uma certa desconfiança em relação a este. Ainda que fosse o representante do povo, nem sempre se submetia às contenções contramajoritárias, e acabava sucumbindo a maiorias ocasionais e argumentos ideológicos e retóricos de determinados grupos específicos, o que comprometeria a representação de grupos minoritários.

Considerando esses fatores, a teoria constitucional traria mais conforto no que diz respeito à efetivação dos direitos das minorias em detrimento dos anseios da maioria. Isso porque a Corte parece garantir maior segurança jurídica ao dar a última palavra sobre diversas questões que antes não lhe eram alcançáveis. Para reforçar essa supremacia do Judiciário, no século XX, houve a aprovação do *Judiciary Act*, em 1925, o qual atribui uma missão diferenciada das demais Cortes à Suprema Corte.

Os elementos desse modelo foram traçados, principalmente, pelo Juiz John Marshall, haja vista ter proposto uma medida que autorizasse a nulidade ou invalidação de uma norma oriunda do Parlamento, nas hipóteses em que esta não for compatível com a Constituição. O Juiz Marshall, à época, se manifestou da seguinte forma: “ou a Constituição é uma lei superior e suprema, não sujeita a alteração pelos meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis ordinárias, e, como qualquer outra lei, pode ser alterada quando o legislativo bem entender.”⁴⁸

Para ilustrar o protagonismo da Suprema Corte, é relevante citar alguns casos paradigma como *Marbury v. Madison* e *Brown v. Board of Education* — em que magistrados reunidos no tribunal declararam a inconstitucionalidade de leis segregacionistas, retirando-as do ordenamento. O caso *Roe v. Wade* trata de uma discussão acerca da possibilidade ou não de uma mulher realizar o aborto de uma gravidez indesejada provocada por estupro. A Corte decidiu por reconhecer o direito da mulher de interromper a gravidez, sob o fundamento de que seria um direito inerente à privacidade/intimidade do indivíduo (*privacy*).

O caso decidido pela Corte de Rehnquist merece ser mencionado também, uma vez que foi declarada a inconstitucionalidade da Lei de violência contra a mulher, sob o

⁴⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Marbury v. Madison*, 1. Cranch (5 US) 137 (1803), p. 177.

fundamento de que o Congresso não teria legitimidade para legislar acerca de porte de armas numa área próxima a uma escola.⁴⁹ Aqui, a Corte recebeu severas críticas por sua atuação caracterizada como agressiva por restringir a atuação do Congresso e, em tese, vulnerar o princípio da separação dos poderes e do federalismo.⁵⁰

O que se é de estranhar é que por vezes liberais defendem a supremacia da Corte e, por vezes, os conservadores. Não seria, então, um jogo de interesses e conveniência por parte dessa correntes, atacando-a somente quando lhes convém? Naturalmente, liberais não desejam que suas conquistas legislativas sejam derrubadas por uma Corte conservadora e vice versa.⁵¹

Tushnet, por sua vez, na obra *Taking Constitution Away From The Courts*, defende que a Constituição não deveria ser submetida a uma supremacia do Poder Judiciário, tendo em vista que é capaz de se auto efetivar através de processos políticos, é o que chama de "*constitutional self-enforcement through the political processes*".⁵²

Assim, defendia que o papel da Suprema Corte seria o de proteger as minorias contra os avanços das maiorias legislativas e, quando necessário, afastar a aplicação de regras que violam direitos e liberdades civis. No entanto, observa que a última palavra proferida pela Corte acaba por retirar a importância e deslegitima as demais interpretações da Constituição feitas por quem quer que seja fora das Cortes, como por exemplo, pelo Congresso Nacional.

Propõe, então, um modelo de Constituição Delgada ou Fina, a qual tem seu conteúdo norteado pelos princípios constantes na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição, e não, tão somente, por pronunciamentos da Suprema Corte acerca de determinadas matérias. A supremacia da Corte ao definir direitos, portanto, não deveria existir, uma vez que estes devem ser definidos mediante processos democráticos, caracterizando, assim, a democracia de direitos.

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos da América Gun-Free School Zones Act of 1990, 18 U.S.C. 922(q)(1)(A).

⁵⁰ FLEMING, Jame E., *Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*, 73 Fordham L. Rev. 1377 (2005). Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016, p. 1399.

⁵¹ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006, p. 1366-1367.

⁵² TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press, 1999, p. 11-13.

No final, para manter a credibilidade de ambos, Corte e Constituição, que contêm direitos sociais (*welfare rights*), pode-se exigir que estes direitos de assistência social sejam não-judiciáveis. Os Estados Unidos, tratando os direitos sociais como direitos fracos substancialmente, podem estar optando pela pior das possibilidades.⁵³

A Constituição Fina, portanto, seria interpretada pelo povo, de acordo com a Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição, isso porque tais elementos são extremamente relevantes para se entender o significado da Constituição pelo povo, e seriam uma alternativa aos significados exteriorizados pela Corte.

Em um sistema forte de controle de constitucionalidade como o que emerge da Suprema Corte, a tensão entre a implementação da Constituição e o autogoverno democrático é óbvia. O povo tem poucos recursos quando a Corte interpreta razoavelmente, mas erra ao julgar a razoável interpretação da maioria. Os sistemas fracos de controle de constitucionalidade prometem reduzir a tensão entre fiscalização da legitimidade e autogoverno democrático, embora reconhecendo que o constitucionalismo exige que haja alguns limites à autogovernança. A ideia básica por trás dos modelos fracos de controle de constitucionalidade é simples: as formas fracas de controle de constitucionalidade oferecem mecanismos com os quais o povo pode responder às decisões que acredite equivocadas, o que seria mais dinâmico que emendar a Constituição ou percorrer o processo de indicação e nomeação de juízes.⁵⁴

Assim, quanto mais fracos os poderes da Corte, mais fortes os direitos fundamentais, por esta razão defende implementação de formas fracas de controle de constitucionalidade — é o que chama de *weak forms* — em que as Cortes não exerceriam tanto poder, já que seria esse limitado pelo próprio povo.

Griffin, sobre isso, destaca que a crítica ultrapassa a questão da legitimidade do viés contra majoritário dos tribunais, a supremacia do judiciário impede a implementação de uma democracia de direitos. Para solucionar esse problema, sob uma perspectiva institucional, propõe que o Poder Judiciário exerça um papel tão importante quanto os demais poderes, que participariam do processo de criação, promoção, defesa e agenda de direitos.⁵⁵

O Congresso, em tese, detém o poder para limitar o exercício da jurisdição com base na teoria da tripartição de poderes. Ocorre que esse poder é insuficiente para derrubar

⁵³ TUSHNET, Mark. *Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 1895-1999.

⁵⁴ *Idem*, p. 22-23. Tradução livre.

⁵⁵ GRIFFIN, Stephen M. *Enfim a hora da democracia? A nova crítica ao judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

decisões já proferidas por tribunais. Sobre isso Mark Tushnet reflete que “o poder de regular a jurisdição nunca serviu de limite significativo para o poder do *judicial review*.”⁵⁶ De acordo com esse trecho, é perceptível o temor de que o poder dos tribunais acabe se tornando ilimitado e sem controle e que o significado da Constituição seja desvirtuado e se afaste das premissas democráticas.

Jeremy Waldron faz uma relevante reflexão acerca do *judicial review*: “os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quanto estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais?”. A resposta para esta questão é que as Cortes encontram certos óbices à atividade de decidir na própria Constituição, porém, não se deve deixar de reconhecer que há certos casos em que os tribunais foram fundamentais para o enfrentamento de questões de direitos fundamentais e resultaram em boas decisões na medida em que as reivindicações foram examinadas de maneira firme e séria.

(...) Por último, as Cortes tendem, ao debater sobre direitos, distrair-se por argumentos sobre como um texto como *Bill of Rights* será melhor abordado por juízes. A experiência americana demonstra o seguinte: A proporção do argumento sobre teorias da interpretação para direcionar argumentos sobre questões morais é distorcida na maioria das opiniões judiciais, de forma que ninguém que considere que tais questões são importantes pode, sequer, considera-lo satisfatório. Isso se dá porque a legitimidade do *Judicial Review* é, em si, muito problemática. Juízes (assim como nós) estão mais preocupados com a legitimidade de um processo que os permita decidir sobre tais assuntos, apegam-se a esses textos que os autorizam a decidir e debatem sobre a interpretação, ao invés de se aventurarem a discutir as questões morais diretamente.⁵⁷

O que ele quer dizer nesse trecho é que as Cortes acabam por refletir mais acerca do alcance de seu poder de decisão do que realmente enfrentando questões sobre direitos em si. Tushnet acrescenta que “as Cortes irão criar doutrinas com o objetivo de refletirem acerca dos limites de suas próprias habilidades e não para refletirem diretamente sobre valores constitucionais substantivos”.⁵⁸

Waldron não busca afirmar que o *judicial review* é prejudicial em qualquer

⁵⁶ TUSHNET, MARK. *Policy distortion and democratic delibilitation: comparative illuminatinon of the countermajoritarian difficulty*. Michigan Law, v. 94, n.2, p. 245-301. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/> Acessado em: 20 de janeiro de 2016.

⁵⁷ WALDRON, Jeremy. *The Core Of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal, v. 115, n. 6, p. 1366-1367. 2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/> Acessado em: 20 de janeiro de 2016, p. 1381. Tradução livre.

⁵⁸ TUSHNET, supra note 11, p. 60.

circunstância, porém, busca demonstrar que os direitos advindos dele são democraticamente inapropriados. Numa sociedade democrática, é normal que seus membros discordem sobre direitos, ainda que estejam levando os direitos a sério. Para dirimir essas discordâncias observa que

"Procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, eu tenho argumentado, e uma revisão final pela Corte pouco acrescenta ao processo, exceto quanto à forma insultante de privação de direitos e uma forma legalista de ofuscar as questões morais em jogo constantes nas discordâncias sobre direitos."⁵⁹ (WALDRON, 2006, p. 1366-1367).

No modelo brasileiro, há uma abertura para a supremacia do Judiciário e, ao mesmo tempo, a ausência de uma estrutura política ou prática que justifique a supremacia do Parlamento. A própria Constituição prevê que a salvaguarda será exercida pelo Supremo em seu art. 102, *caput*, da CF.⁶⁰

Todas essas críticas atribuídas ao *Judicial Review* são extremamente relevantes para se refletir acerca do modelo de jurisdição vigente e o relacionamento dos poderes da república. Porém, ao trazê-las ao plano nacional, é essencial ressaltar que há grandes diferenças entre os ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos e Brasil.

Aqui, ainda é necessário se falar em uma atuação mais positiva por parte do Supremo no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente, dos direitos de caráter social, herança do histórico pós Guerra e pós regime autoritário. O processo de democratização do país ainda está em consolidação ou ocorreu recentemente. Além disso, o Judiciário ainda oferece maior credibilidade para dar a última palavra em comparação aos órgãos representativos, em razão da disfunção das instituições legislativas e a cultura de corrupção na política. Os Estados Unidos, por outro lado, já debatem a instituição de uma Democracia de Direitos, em que há a limitação do protagonismo da Corte e a distribuição de competências

⁵⁹ WALDRON, Jeremy. *The Core Of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal, v. 115, n. 6, p. 1367. 2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/> Acessado em: 20 de janeiro de 2016, p. 1406. Tradução livre.

⁶⁰ Esse protagonismo muitas vezes é questionado e temido. Por esta razão, no Tribunal Supremo do Canadá — ainda que tenha a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis que violam a declaração de direitos — o *Judicial Review* não é exercido desenfreadamente, encontra limites na cláusula do "não obstante" (*notwithstanding clause*), a qual autoriza o Parlamento ou as Assembleias Provinciais a instituírem legislações imunes à revisão judicial por determinado interregno temporal.

entre os poderes no que se refere aos direitos fundamentais.

2.1 Os Escopos da Jurisdição

Segundo as premissas do Estado Liberal, sob a vigência de um pensamento processualista mais conservador, prevalecia a visão de que a satisfação da vontade do legislador mediante a atividade de subsunção do fato à norma tinha o condão de exaurir a ideia de promover a justiça. O processo, à época, era dissociado das demais ciências ideológicas, em especial, as sociais. Chiovenda, inclusive, dizia que se encontrava "na própria natureza do processo a causa primeira do distanciamento entre as normas processuais e a vida, da sua refratariedade a assumir o espírito do tempo."⁶¹

A percepção das aspirações do povo, de uma nação são indispensáveis para a concretização dos fins da jurisdição. A partir do momento em que o processo passou a ser enxergado dessa forma, houve o progressivo "abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas."⁶²

Dinamarco considera que essa perspectiva é teleológica e, portanto, o processo é tido como instrumento para a concretização de objetivos, visando a estabilidade institucional:

(i) escopo jurídico: O processo é regido por normas de direito (regras e princípios). Este objetivo é extremamente técnico e vai ditar como a jurisdição deve ser exercida. Ora, mas a atividade do magistrado não é somente realizar a subsunção do fato à norma. De fato, esse rigor exegético por certo produzirá decisões injustas. É por esta razão, que o escopo jurídico não pode subsistir sozinho, sob pena de se tornar um sistema ultrapassado ou, ao menos, pouco útil sob o ponto de vista prático. Analisar as condições sociopolíticas da sociedade ao aplicar uma lei a um caso concreto é indispensável para o êxito do exercício da jurisdição constitucional.

(ii) escopo social: o processo é voltado para a pacificação de conflitos, por esta razão o escopo social se revela pela busca da paz social e da segurança jurídica, por meio de um trabalho em conjunto da legislação e jurisdição. O escopo social preza por certos postulados de limitação ao poder do juiz, não obstante sua importância nas conquistas sociais. Um dos objetivos

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Le Riforme Processuali e Le Correnti del Pensiero Moderno*, in Saggi di Diritto Processuale Civile. Roma, Foro Italiano, 1930, p. 390.

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 187.

também é promover a credibilidade e idoneidade das decisões proferidas, outra finalidade é promover a conscientização e educação dos cidadãos quanto a seus direitos e obrigações próprios e alheios.

(iii) escopo político: a meta de natureza política pode ser enxergada sob três aspectos. O primeiro se trata do poder estatal de decidir imperativamente. O segundo seria a proteção à liberdade. E, por fim, assegurar a integração e participação do cidadão nas decisões políticas do Estado, por meio de ações e remédios constitucionais. Sendo esta uma das principais características de uma sociedade democrática, indispensável para a legitimação do processo político.

A jurisdição, portanto, deve sempre atender os binômios legalidade-direitos humanos e paz social-segurança jurídica. Isso que dizer, que buscará atender os diversos planos existentes (social, político e jurídico) para ser completa a sistematização. A jurisdição é tida, então, como elemento de equilíbrio entre os valores que exprimem ora liberdade, ora poder. O escopo jurídico e social devem trabalhar para determinar o político. Isto é, o objetivo jurídico, ao amparar a aplicação da vontade concreta da lei, deve direcionar essa aplicação a promover a paz social e a justiça. Feito isso, o escopo político buscará dar legitimidade ao poder estatal e, ao mesmo tempo, promover o acesso à justiça por meio da participação popular de acordo com as demandas sociais, reforçando, assim, a democracia e a tutela aos direitos fundamentais.

3 O PARADOXO DA DEMOCRACIA

O terceiro tópico retrata o paradoxo da democracia, explicando como a teoria constitucional justifica o aparente caráter antidemocrático ou contramajoritário das decisões do Supremo Tribunal Federal, mediante as quais o Poder Judiciário acaba por restringir a discricionariedade dos órgãos políticos-majoritários. O objetivo do presente módulo é, pois, analisar a suposta tensão entre o constitucionalismo e a forma democrática de governo, tendo em vista a ordinária inclinação contra-majoritária do Estado Constitucional, decorrente da incompatibilidade entre a ideia de soberania e pluralismo (subtópico 3.1.1), bem como aferir se este paradoxo estabelecido, de fato, existe e como ele se dá.

3.1 Forma Democrática de Governo x Constitucionalismo: O Suposto Caráter Antidemocrático e Contramajoritário das decisões proferidas pela Suprema Corte

Como já foi explicitado ao longo do presente estudo, os desfechos de questões de grande relevância social e política estão sendo determinados por Ministros do Supremo Tribunal Federal e não por membros de instituições político-majoritárias. Tais decisões provocam uma grande tensão entre jurisdição constitucional e democracia.

Shapiro, em relação a este tema, se manifestou no sentido de que "sob a vigência de um regime de implementação judicialmente forçada de direitos", ocorre, inevitavelmente, a "alteração fundamental da natureza do governo democrático".⁶³

Um paradoxo consiste numa ideia, ainda que lógica, que contradiz a sua própria essência. Assim, o paradoxo da Democracia, seria exatamente em se acreditar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal — instituição esta composta por membros que não foram escolhidos pelo povo, por meio do exercício da cidadania e não se submetem a avaliações de seu desempenho — por mais que sejam contramajoritárias, sejam, conseqüentemente, democráticas.

Waldron afirma que essa tensão entre jurisdição constitucional com a democracia é a chave da jurisprudência contemporânea. O paradoxo da democracia se encontra exatamente no fato de que os Estados Unidos se orgulham de sua democracia, não obstante seu próprio sistema causar um profundo e constante desconforto democrático.⁶⁴

Dessa forma, ao colmatar lacunas deixadas pelo Parlamento, o Poder Judiciário acaba por agravar a crise de autoridade democrática dos órgãos político-majoritários, que já estão fragilizados.

Zagrebelsky desaprova esse raciocínio de que as Cortes, por serem guardiãs da Constituição e terem o dever de garantir sua supremacia e rigidez, teriam espaço para legislar. O autor frisa que o referido princípio da supremacia da Constituição não autoriza que desempenhe função paralegislativa:

Segundo as concepções europeias, toda construção conceitual que não reconheça as razões do legislador um lugar adequado e independente deve ser temida como um perigo para o equilíbrio constitucional. (...) Em caso de contradição, cede a lei, como exige a Constituição rígida. Mas isto não autoriza, de forma alguma, negar à legislação seu caráter originário e

⁶³ MARTIN, Shapiro. *On Law, Politics & Judicialization*. New York. Oxford University Press, 2002, pág. 182.

⁶⁴ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1366-1367, 2006.

espontâneo, quer dizer, a 'despolitizá-la, degradando-a à mera função técnica de desenvolvimento dos conteúdos constitucionais, por mais elevados e sedutores que estes possam ser. O positivismo legislativo tem aqui um ponto a seu favor.⁶⁵

Assim, para ele, a Corte não pode ser tão injuntiva a ponto de imprimir à Constituição uma hiperrigidez e, conseqüentemente, reservar ao Legislador mera atividade técnica de desdobramento da Constituição, já que não seria razoável. Uma das principais vias de manifestação do povo, do pluralismo jurídico é exatamente a produção legislativa.

Em sua obra *O Direito Dúctil*, determina que o direito deve ser maleável, com o intuito de se atender às mudanças que ocorrem na área da norma, mudanças estas que representam os rearranjos sociais e políticos (de acordo com a teoria de Müller sobre área e programa da norma).⁶⁶ E, ao mesmo tempo, a Constituição deve ser rígida o suficiente para delinear os limites dentro dos quais esses arranjos podem ocorrer ou não e em que medida. Assim, os tribunais não podem ignorar a dinâmica social, mas, devem garantir a rigidez da Constituição estabelecendo os limites, para que não se desfigure o programa da norma.

Não obstante a importância das críticas até aqui apresentadas, a manutenção da rigidez Constitucional e sua proteção são operacionalizadas através do controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte. E somente serão alcançados sob o império de uma democracia constitucional e não majoritária de inspiração revolucionária.⁶⁷

Os poderes decorrentes de instituições políticas majoritárias não são capazes de assegurar as garantias constitucionais fundamentais a todos, as minorias necessitam ser amparadas e ouvidas igualmente e isso só é possível com uma Corte alheia às demandas populares e concentrada em garantir a efetivação dos preceitos constitucionais.

A Constituição não é um documento meramente procedimental, é imperioso reconhecer que há direitos que decorrem da demanda do governo representativo, no entanto, há aqueles que não decorrem.⁶⁸

⁶⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2008, p. 151.

⁶⁶ MÜLLER, Friederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. Editora: Síntese, Rio Grande do Sul, 1999, p. 43-96

⁶⁷ Conferir texto básico de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional em MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*.

⁶⁸ ELSTER, Jon. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 198.

Não é despidendo destacar parte do conteúdo do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no caso da Lei da Ficha Limpa (ADI n.º 4.578):

Não se deve esquecer, ademais, que essa tal “opinião pública” ou essa imprecisa “vontade do povo” é a mesma que elege os candidatos ficha-suja. Se formos então levar em consideração a vontade do povo, a qual dessas vontades devemos dar prevalência: àquela que subscreveu o projeto de lei de iniciativa popular e que é representada por grupos de interesse e muitas vezes manipulada pelas campanhas e meios de comunicação, ou àquela legitimamente manifestada e devidamente apurada nas urnas? Certamente, a Jurisdição Constitucional não pode se basear em critério tão fluido e tão falacioso para tomar decisões a respeito de princípios enraizados em nosso constitucionalismo⁶⁹.

Merece ser mencionado também o fragmento de seu voto na ADI 3.510, em que foi questionada a Lei de Biossegurança, n.º 11.105, em relação à pesquisa médica com células-tronco:

(...) São em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgios para restringir as competências da jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. (...) Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm excedido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isto tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais (...)⁷⁰.

O Ministro Gilmar Mendes quis demonstrar que o caráter contramajoritário das Cortes é extremamente importante para a resolução de questões socialmente relevantes e para proteger as minorias dos avanços da maioria, cujo avanço só poderá ser tolerado se no âmbito da legalidade. Tal disposição, contudo, não acarreta uma ruptura institucional, tampouco configura uma afronta à democracia.

⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n.º 4.578, Relatoria: Min. Luiz Fux, 16/2/2012, p. 285.

⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Britto, Dj de 28.05.2010.

Dmitri Lavroff manifestou-se no sentido de que até mesmo o Conselho Constitucional Francês havia se tornado "(...) defensor dos direitos da oposição contra a ação excessiva da maioria e, sobretudo, o guardião dos direitos e liberdades dos cidadãos."⁷¹

Rui Barbosa refletindo acerca das instituições político majoritárias, aferiu que a jurisdição constitucional é o modelo mais adequado para se garantir a efetivação dos direitos fundamentais:

Pois, se de revisão e de recurso em recurso, a um paradeiro havemos de chegar, onde se estanque, e donde se não tolere mais recurso, nem revisão, por que iríamos assentar esse último elo na política, em vez de o deixar na magistratura? Pois, se da política é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é que à política deixaríamos a última palavra contra a justiça? Pois, se nos tribunais andamos à cata da guarida para nossos direitos, contra os ataques sucessivos do Parlamento ou do Executivo, como é que volveríamos a fazer de um destes dois poderes a palmatória dos tribunais?⁷²

Na mesma linha de pensamento, Robert Alexy destaca que o legislador está submetido à supremacia da constituição. Os direitos fundamentais, os quais tem hierarquia constitucional, são justiciáveis e, se assim não o fosse, perderiam a segurança de ter uma instituição que os legitimassem.

Os direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional. O escalão hierárquico supremo seria sem interesse se não acrescesse o segundo, a força de concretização suprema. Dela dispõem direitos fundamentais quando eles primeiro vinculam todos os três poderes, portanto, também o legislador e quando essa vinculação é controlada judicialmente, portanto, é judiciável. Se se excetuasse o legislador dessa vinculação ou se se declarasse alguns direitos fundamentais como não-justiciáveis, então desapareceriam, sem dúvida, muitos problemas. O preço para isso seria, todavia, alto. Ele residiria em uma renúncia a uma institucionalização completa e autêntica. Uma tal renúncia, porém, seria uma infração aos direitos do homem.⁷³

⁷¹ LAVROFF, Dmitri. *Prévalence du fait majoritaire*, in: Dmitri Lavroff, et al.. *La pratique constitutionnelle en France et en Espagne de 1958 et 1978 à 1999*, Bordeaux: Maison des Payes Ibériques, 2001, p.31. *Apud* PAIVA, Paulo. *Juristocracia?* In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 499

⁷² BARBOSA, Rui. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.169.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Conferir: *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional*- Palestra inaugural proferida em virtude da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, no dia 09 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS. Tradução: Dr. Luíz Afonso Heck.

Kelsen, na conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, destacou a importância da jurisdição constitucional na concretização da ideia de um sistema democrático constitucional:

a simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social.⁷⁴

A soberania popular, portanto, não pode ser utilizada como parâmetro decisório para juízes, haja vista a clara incompatibilidade com a estrutura do Estado Constitucional de Direito. As decisões devem ser tomadas sob o ponto de vista constitucional.

3.1.1 Democracia e Pluralismo

O cenário geopolítico do mundo à época da queda do muro de Berlim e, conseqüentemente, o fim da Guerra Fria que ocasionou a reunificação das Alemanhas em outubro de 1990, impulsionou a ruptura com o estilo revolucionário jacobino de revolução social. A herança desse período foi uma maior observância e preocupação com os direitos humanos e os valores democráticos.

Vieram à tona, então, diversos modelos de democracia, dentre eles, os modelos liberais deliberativos defendidos por autores como Rawls e Habermas, em oposição à supremacia da jurisdição constitucional. O ponto em comum das teorias de ambos os autores é o fato de que buscam assegurar a convivência entre democracia e liberalismo, suprimindo qualquer ideia de que os conceitos seriam contraditórios.

A democracia deliberativa teria como base filosófica a ideia de que as decisões políticas devem prevalecer mediante um processo de deliberação entre cidadãos iguais e livres. "Tanto Habermas como Rawls acreditam que se pode encontrar o conteúdo idealizado da racionalidade prática nas instituições da democracia liberal."⁷⁵ Ambos utilizam como fundamento a racionalidade, que para Rawls deve ser razoável e substitui uma fundamentação metafísica e para Habermas é a racionalidade comunicativa e a remoralização do direito. O modelo deliberativo, então, determina que os próprios indivíduos seriam autores dos direitos a

⁷⁴ KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerielusbarkeit*, VVDStRL. 5. 1928, p.80-81. Tradução: Carmelo Geraci.

⁷⁵ REVISTA DE SOCIOLOGIA POLÍTICA: Curitiba, n. 25, 2005, Chantal Mouffe. **Por um Modelo Agonístico de Democracia. Dossiê Democracias e Autoritarismo.** p. 13.

que iriam ser submetidos.⁷⁶. Admite, ademais, que uma sociedade seja marcada pelo pluralismo ou multiculturalismo. Seria o produto de uma sociedade livre e racional. Rawls chama esse fenômeno de fato do pluralismo. Mas, a partir desse pluralismo, o povo deveria formar um consenso racional sobre a ideia de justiça.

Chantal Mouffe concorda que se faz necessária uma reformulação ou alternativa aos modelos democráticos, mas, considera as soluções apresentadas por ambos inadequadas. Aduz que a concepção de Rawls não é tão independente como acredita e a de Habermas não pode ser tão procedimentalista como afirma que é. Simplesmente substituir uma racionalidade por outra não solucionará os problemas da democracia. A autora, ao se deparar com tais ideologias, observa que são insuficientes para se encaixarem numa sociedade tão plural. Isso porque ambos buscam alcançar uma forma de consenso racional, o que seria absolutamente impraticável, considerando a dimensão do antagonismo e seu caráter inerradicável que advêm do pluralismo. Mouffe chama a atenção há um fato inegável:

Ver as coisas dessa maneira deveria permitir-nos perceber que levar o pluralismo a sério requer que se abra mão do sonho de um consenso racional que acarreta a fantasia de que poderíamos escapar de nossa forma de vida humana.⁷⁷

Os modelos deliberativos não são capazes de acompanhar o advento da globalização e a complexidade do processo de formação de identidades políticas e sociais. A partir disso, propõe um modelo de democracia radical para suprir essa deficiência presente no modelo deliberativo. Para tanto, desenvolveu uma abordagem política, na qual a questão do poder e o antagonismo estão no centro de discussão. Isso quer dizer que o conflito e o dissenso não podem ser ignorados, são característicos de qualquer sociedade.

Mouffe e Laclau observam que, ao contrário do que afirmava Habermas, quanto mais democrática, maior seria a influência de poder nas relações sociais. As relações de poder — mesmo que antagônicas —, inevitavelmente, fazem parte da vida em sociedade e negá-las seria negar a própria realidade, ainda que mediante argumentos de racionalidade.⁷⁸

O que ocorre na sociedade constantemente é a tentativa de manutenção da hegemonia de um certo discurso sobre outro, de forma a dominá-lo. Assim, a dinâmica se dá da seguinte forma: os diferentes discursos de grupos determinados passam a agregar elementos

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudo de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 298.

⁷⁷ REVISTA DE SOCIOLOGIA POLÍTICA: Curitiba, n. 25, 2005, Chantal Mouffe. **Por um Modelo Agonístico de Democracia. Dossiê Democracias e Autoritarismo**. p. 18.

⁷⁸ LACLAU, Ernesto e MOUFFE, Chantal. **Hegemony and Socialist Strategy**. Towards a Radical Democratic Politics. Second Edition London: Verso, 2001.

de outros discursos, alcançando, por fim, a hegemonia. Isso só é possível quando os diferentes discursos encontram pontos nodais. Tal comportamento não pode ser considerado consenso.⁷⁹

Na verdade, trata-se de uma hegemonia provisória de um discurso que se estabilizou no poder:

É por esta razão que o ideal de uma democracia pluralista não pode alcançar um consenso racional na esfera pública. Esse consenso não existe. Nós temos que aceitar que todo consenso existe como um resultado temporário de uma hegemonia provisória, uma estabilização do poder e isso sempre acarreta uma forma de exclusão. As ideias de que o poder poderia ser dissolvida através de um debate racional e que a legitimidade poderia ser baseada numa racionalidade são ilusões as quais podem colocar em perigo as instituições democráticas.⁸⁰

O modelo democrático proposto por Mouffe, portanto, converte o antagonismo em agonismo. Dessa forma, ao admitir os dissensos sociais, aqueles que têm opiniões diversas, não devem ser percebidos como inimigos a serem combatidos, mas, adversários, cujas ideias serão combatidas, mas o direito de expor tais ideias não. Essa é uma crítica feita diretamente a Carl Schmitt, que enxergava o antagonismo como uma relação de amigo/inimigo. A noção de adversário, portanto, não elimina a ideia de antagonismo, porém, elimina a ideia de competidor.

O dissenso e o conflito são características intrínsecas de uma sociedade. O papel da democracia é exatamente compreender a natureza conflituosa e hegemônica das relações sociais e disponibilizar suas instituições para que o pluralismo seja trabalhado e não tentar disfarçá-los sob o argumento da racionalidade e moralidade.

A dinâmica da sociedade se dá de forma curiosa: as sociedades contemporâneas subsistem sob a condição de desacordo entre seus membros, mas, apesar disso, nutrem a vontade de conviver em sociedade. Ocorre que a ideia de vontade majoritária, que nasceu com a teoria da soberania popular de inspiração revolucionária no século XIII⁸¹, é incompatível, como já se aferiu, com a diversidade de interesses de uma sociedade. O consensualismo encontrado na vontade do povo e a ideia de soberania exercida por quem quer que seja, significa ignorar a existência do pluralismo, o que é empiricamente incoerente.

Resta claro, portanto, que a demanda por consenso é incompatível com a complexidade das sociedades contemporâneas, plurais, multiculturais e fragmentadas. Todos

⁷⁹ A impossibilidade de se atender a demanda por consenso é muito aprofundada na obra de Nicholas Rescher. Confira-se: RESCHER, Nicholas. *Pluralism: Against the Demand for Consensus*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

⁸⁰ MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2000, p. 104.

⁸¹ Um exemplo de obra que defende a teoria da soberania popular e a ideia de vontade majoritária, em que o povo é o titular do poder constituinte e os demais poderes, que dele decorrem, são os constituídos, é a de Emmanuel J. Sieyès "O que é o Terceiro Estado".

estão submetidos à soberania da Constituição e, por isso, é necessário que um órgão como o Supremo Tribunal Federal resguarde seus preceitos. Além disso, nem tudo que o povo anseia é compatível com a Constituição.

Dominique Rousseau, nesse trecho, explicou a dinâmica da democracia constitucional, afirmando que a jurisdição constitucional

introduz, na verdade, dois elementos perturbadores na lógica representativa clássica: a lei não passa mais pela vontade dos eleitos, mas da Constituição tal como interpretada e imposta pelos juízes constitucionais, os cidadãos têm no Tribunal Constitucional um instrumento permanente para controlar, entre duas eleições, o trabalho legislativo de seus representantes. Esses dois elementos esboçam uma nova forma de democracia, que propus chamar de democracia contínua. Ela se distingue da forma direta de democracia que abole a distinção entre representante e representado e se distingue, igualmente, da forma puramente representativa, que reduz ao máximo a comunicação entre representantes e representados. A democracia contínua se poderia definir – ao menos provisoriamente – como um além da representação, não porque suprima sua importância, mas porque a transforma e alarga o espaço de participação popular por meio de formas particulares – e, notadamente, pela jurisdição constitucional – que permitem aos indivíduos exercerem um trabalho político: o controle, fora os momentos eleitorais, da ação dos governantes.⁸²

A superação do paradoxo da democracia se dá, portanto, com o êxito das Cortes Constitucionais em garantirem a rigidez da Constituição e assegurarem uma evolução político-institucional, garantindo a participação das minorias no processo político, para garantirem seus direitos constitucionais em face das demandas políticas da maioria hegemônica. A Corte, além disso, é instrumento de contenção do abuso de poder por parte do Estado. Trata-se de uma democracia constitucional, em que a lei não se submete integralmente à vontade das instituições político-majoritárias, mas, da Constituição, por meio da interpretação de magistrados nos tribunais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das explanações tecidas ao longo deste trabalho, é possível chegar a uma conclusão principal concernente ao seu objeto de estudo – a suposta instauração de uma Supremocracia – e a algumas considerações finais oportunas sobre questões examinadas ao longo da dissertação.

⁸² ROUSSEAU, Dominique. **A Justiça Constitucional na Europa**, Paris: Montchrestien, 1992, p. 155-156.

No compulsar da pesquisa, preocupou-se em fazer uma profunda análise dos argumentos que criticavam a expansão do Poder Judiciário. O que se observa é que, na verdade, a atividade de efetivar direitos fundamentais, segundo os preceitos constitucionais, é um fenômeno um tanto previsível e ordinário na estrutura da sociedade contemporânea, mas que, certamente, causa um grande desconforto democrático em relação ao princípio do equilíbrio entre os poderes.

É de se notar, entretanto, que a expressão Supremocracia é usada de forma indiscriminada e nebulosa, os diversos empregos retóricos não conseguem entrar em um consenso sobre as vantagens e desvantagens do referido fenômeno. Não há uma delimitação precisa de um conceito próprio para identificar quais decisões proferidas pelo Supremo atribuiriam à sua atividade tal denominação. Além do mais, o apelo genérico ao princípio da separação dos poderes não é suficiente para motivar uma contenção ao exercício da jurisdição constitucional, em nome de um modelo ideal de distribuição de tarefas.

Não obstante, de fato, as questões de grande relevância social e política para a sociedade contemporânea têm seus desfechos determinados pelo órgão incumbido de jurisdição e não pelos representantes do povo reunidos no parlamento. Assim, nota-se que, um desconforto em relação à redução do espaço retórico político. Esse desconforto democrático, porém, é infundado, uma vez que o paradoxo entre democracia e constitucionalismo é superado na estrutura do Estado Constitucional de Direito.

A expansão do Poder Judiciário não constitui uma ruptura com o regime democrático. Isso porque as Supremas Cortes têm um papel extremamente relevante para garantir o amparo às minorias, em detrimento dos ímpetus das maiorias. Dessa forma, as Cortes — alheias à ideia de soberania popular — não utilizam como parâmetro decisório a influência e nem são pressionadas pela vontade majoritária. As decisões são proferidas sob o ponto de vista constitucional, apoiando-se em critérios constitucionais e preceitos jurídicos, não com base na ilusória vontade do povo, que exprime, efetivamente, a vontade da maioria — grupos que exercem a hegemonia temporária no processo democrático — e não a ideia romantizada e ilusória de consenso.

O protagonismo das Cortes Constitucionais não tem somente aspectos negativos. E, inclusive, pode, de fato, revelar-se extremamente vantajoso para se garantir a supremacia e rigidez da Constituição e, inclusive, para evitar que todos sejam submetidos à vontade de determinado grupo social que esteja em proeminência. Ademais, deve-se atentar ao fato de que nem tudo que o povo anseia é democrático, útil e compatível com a Constituição.

No Estado Constitucional de Direito não há soberania popular com traços decisionistas, tampouco, judicial. Todos estão sujeitos aos preceitos constitucionais, se assim não fosse, não haveria razão de ser para a Jurisdição Constitucional, uma vez que a Constituição não seria uma norma, mas a expressão de vontade de um povo. Ressalte-se que há, nela própria, limites jurídicos estabelecidos quanto ao exercício do poder e do dever de resguardá-la, tendo em vista que não seria razoável que qualquer dos poderes ficasse imune a controles.

O Supremo possui mecanismos institucionais para aumentar a legitimidade de suas decisões, sendo deferente ao Poder Legislativo, quando isso não implica vulnerações aos direitos fundamentais. São eles a interpretação conforme a Constituição, a modulação de efeitos e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Além disso, as decisões judiciais não vinculam o Poder Legislativo no que tange ao seu poder de legislar. O que quer dizer que lhe é viável rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade e até mesmo superá-las, ainda que declarada determinada regra inconstitucional — exceto em se tratando de cláusulas pétreas. Uma vez que seu núcleo essencial não pode ser suprimido, trata-se da supremacia da Constituição.

Não seria demais ressaltar que a jurisdição constitucional, além de restringir os abusos por parte do legislador, acaba por estimular a interrupção de eventuais inércias de atividade, que impedem a fruição de direitos fundamentais, estimulando-o a produzir novas práticas legislativas no âmbito político-institucional.

Não se deve pensar, portanto, que o intuito seja outro, senão salvaguardar a supremacia da Constituição, bem como prevenir o arbítrio por parte do poder público e garantir a efetivação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a segurança jurídica. Em outras palavras, ao Supremo Tribunal Federal foi confiada a função de proteger os direitos fundamentais do experimentalismo democrático. Sendo assim, o modelo de jurisdição constitucional, portanto, se apresenta como mais adequado para alcançar tais objetivos.

Por fim, é importante mencionar que a judicialização de questões sociais e políticas não tem como objetivo mitigar a relevância do legislador. Embora não se esteja diante de uma instauração de uma Supremocracia, a progressiva expansão do Poder Judiciário e seu protagonismo são reais e resultam de um modelo de democracia constitucional.

As expressões "ativismo judicial" ou "instauração de uma Juristocracia" são conferidas, portanto, a uma inevitável atividade e progressiva expansão do Judiciário, manifestada, principalmente, pela atividade das Cortes Constitucionais, as quais encontram

amparo na Constituição e, acrescente-se, mostram-se indispensáveis para a operação do ordenamento e para a efetivação de garantias fundamentais constitucionais.

REFERÊNCIAS

Doutrina:

ACKERMAN, Bruce. **We the People**. Cambridge: The Belknap Press, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo. **Em Busca de um Conceito Fugidio - O Ativismo Judicial**. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Le Riforme Processuali e Le Correnti del Pensiero Moderno*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Roma, Foro Italiano, 1930.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: The Beknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELSTER, JON, Jon. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003.

GRIFFIN, Stephen M. **Enfim a hora da democracia? A nova crítica ao judicial review**. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRIMM, Dieter. **Jurisdição Constitucional e Democracia**. In: Revista de Direito do Estado, v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudo de Teoria Política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução de Wiliam Rehg. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press. 1996.

_____. **Direito e Democracia entre Faticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Faticidad y Validez: Sobre El Derecho y El Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoria Del Discurso*, 2004.

HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2ª edição. Oxford University Press, 2009.

HESSE, Conrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, Editora: safE. Ano: 1998. Título Original: *Grundzüge Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. In: Fordam Law Review, Vol. 75, N. 02, 2006.

_____. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. 2ª Edição: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo. Editora: Martins Fontes, 1999.

_____. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerielusbarkeit*, VVDStRL. 5. 1928, p.80-81. Tradução: Carmelo Geraci.

LACLAU, Ernesto e MOUFFE, Chantal. *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*. Second Edition London: Verso, 2001.

MARTIN, Shapiro. *On Law, Politics & Judicialization*. New York. Oxford University Press, 2002.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1º vol., 1962.

MOUFFE, Chantal. **Democracia, Cidadania e a Questão do Pluralismo**. Revista Política e Sociedade, n. 3, 2003.

_____. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2000.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo. Editora: Saraiva, 2012.

_____. *Primeira Seção, Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*: texto básico de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional em 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição**. T. VI. 3ª ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2008.

MÜLLER, Friederich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. Editora: Síntese, Rio Grande do Sul, 1999.

PAIVA, Paulo Frederico. **Majoritário, Contramajoritário, Plural: História e Superação do Romantismo Constitucional**. Observatório da Jurisdição Constitucional, ISSN 1982-4564, Ano 3, 2009/2010.

_____. **Juristocracia?** In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

PERETTI, Terri, *In defense of a political court*. Published by Princeton University Press.

PONTHOREAU, Marie-Claire, *La Reconnaissance des Droits non-écrits par les Cours Constitutionnelles Italienne et Française: Essai Sur Le Pouvoir Créateur du Juge Constitutionnel*, Paris: Economica, 1993.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press, Ed.: Cambridge, Massachusetts, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. 2ª edição. Coimbra. Coimbra Editora, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 29ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

RESCHER, Nicholas. *Pluralism: Against the Demand for Consensus*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

ROUSSEAU, Dominique. **A Justiça Constitucional na Europa**. Paris: Montchrestien, 1992.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed.** *Michigan Law – Public Law and Legal Theory Working Paper Series.* Ann Arbor, Working Paper no. 77., 2007

SCHIMITT, Carl. **O Guardião da Constituição (*Der Hüter der Verfassung*)**, tradução de Geraldo Luiz de Carvalho Neto, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35ª edição. São Paulo:Malheiros, 2011.

_____. **Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional.** Revista Brasileira de Estudos Política, n. 60/61, UFMG, 1985.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe.** Oxford University Press, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil.** Madrid: Trotta, 2008.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts.** Princeton University Press, 1999.

_____. **Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** New Jersey: Princeton University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review.** *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1366-1367, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck. **Democracia e os Três Poderes no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

_____. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Artigos:

BAKAN E SHNEIDERMAN apud PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 45, p. 216, 1999, p. 2. Disponível em: 243

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>>. Acesso em: 12/12/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

_____.; MENDONÇA, Eduardo. **O STF entre os seus papéis contramajoritário e representativo**. 2013. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-entre-seus-papeis-contramajoritario-e-representativo>>. Acesso em 31 de mar. de 2016.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em 31 de mar. de 2016.

_____. **Retrospectiva 2011: um ano para não esquecer**. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf>. Acesso em 31 de mar. de 2016.

FLEMING, Jame E., **Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts**, 73 Fordham L. Rev. 1377 (2005). Available at: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

GARDBAUN, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HIRSCHL, Ran. **The Political Origins of the New Constitutionalism**, University of Toronto. Disponível em <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>>. Acesso em 15/04/2016.

MOUFFE, Chantal. In: **Por um Modelo Agonístico de Democracia. Dossiê Democracias e Autoritarismo**. Revista de Sociologia Política: Curitiba, n. 25, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Supremo entre a concretização da Constituição e a Juristocracia**. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-entre-a-http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-entre-a-concretizacao-da-constituicao-e-a-juristocraciaconcretizacao-da-constituicao-e-a-juristocracia>>. Acesso em 31 de mar. de 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **O judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias**. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ohttp://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opinio-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaiasjudiciario-e-a-opinio-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaias>>. Acesso em 31 de mar. de 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In Revista Direito GV. n. 2, vol. 4. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

TUSHNET. MARK. *Policy distortion and democratic delibitation: comparative illumintatinon of the countermajoritarian difficulty*. Michigan Law, v. 94, n.2. 1995. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/>> Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

Notícia/entrevista:

BLOG OS CONSTITUCIONALISTAS. Oscar Vilhena Vieira. **Vivemos o Ápice do Nosso Momento Supremocrático**. maio. 2016. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/oscar-vilhena-vieira-vivemos-o-apice-do-nosso-momento-supremocratico>>. Acesso em: 02.06.2016.

REVISTA DE SOCIOLOGIA POLÍTICA: Curitiba, n. 25, 2005, Chantal Mouffe. **Por um Modelo Agonístico de Democracia. Dossiê Democracias e Autoritarismo**.

REVISTA ÉPOCA. São Paulo. março. 2016 Oscar Vilhena Vieira: **Vivemos uma Supremocracia**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI19313-15295,00.html>> Acesso em 02.06.2016>.

Precedentes

Supremo Tribunal Federal

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132/RJ . Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 05 de maio de 2011. Lex: jurisprudência do STF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.277, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 05 de maio de 2011. Lex: jurisprudência do STF.

_____. ADI n.º 4.578, Relatoria: Min. Luiz Fux, 16/2/2012. Lex: jurisprudência do STF.

_____ ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Britto, Dj de 28.05.2010. Lex: jurisprudência do STF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1.439/DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.05.1996, DJ 30.05.2003. Lex: jurisprudência do STF.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4029, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, DJe-125, publicado em 27-06-2012, RTJ VOL-00223-01 PP-00203.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção - MI 168, Rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 21.03.1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção- MI 444-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j.29.09.1994, DJ 04.11.1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção - MI 708/DF, Plenário, DJE 31.10.2008, Rel. Min, Gilmar Mendes.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção - MI 712/PA, Plenário, DJE 31.10.2008, Rel. Min. Eros Grau,

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção - MI 670/ES; Min. Rel. Maurício Corrêa; Plenário; DJE 31.10.2008, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007.

_____.Supremo Tribunal Federal 758/DF, Plenário, DJE 26.09.2008, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º.07.2008, Informativo nº 513

Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Constitucional. Recurso Especial - RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Direito Constitucional. Recurso Especial 633.711, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Suprema Corte Norte-Americana

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 US) 137 (1803).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Gun-Free School Zones Act of 1990*, 18 U.S.C. 922(q)(1)(A).

Tribunal Constitucional Português

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 353/12, Rel. Conselheiro João Cura Mariano.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 399/10. Rel. Conselheira Ana Guerra Martins.

Legislação

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

REFLEXÕES PSICOJURÍDICAS SOBRE A SÍNDROME DE MANCHAUSEN POR PROCURAÇÃO

Yohanna Marêssa Alves Borges

RESUMO

O presente trabalho apresenta o tratamento jurídico dado aos crimes de maus-tratos causados pela Síndrome de Munchausen por procuração, casos nos quais a mãe submete seu filho a vários procedimentos médicos mesmo sabendo da inexistência de uma doença física. A Síndrome de Munchausen por procuração é uma forma de mau-trato infantil continuado, pois o menor é submetido a situações dolorosas por ação da mãe que se apresenta atenciosa e protetora. Esse comportamento não usual dificulta a detecção precoce da violência sofrida pela criança que pode, em casos mais graves, vir a óbito. Quando se constata a ocorrência dos crimes de maus-tratos e o caso não é devidamente identificado para que se ateste a inimputabilidade da agente, as portadoras da síndrome são tratadas como criminosas e são tiradas do convívio com a sociedade. Entretanto a mãe não representa perigo à sociedade, sua liberdade acaba sendo privada em decorrência de uma falta de conhecimento técnico e divulgação do transtorno mental. Por meio do método dogmático- instrumental o trabalho tem o objetivo de fazer uma reflexão psicojurídica deste transtorno para que o tema passe a ser mais conhecido e debatido a fim de que, posteriormente, a comunidade acadêmica tenha subsídio necessário para buscar melhores alternativas aos casos em que a mãe com este transtorno comete violência contra seu filho.

Palavras-chave: Psicologia Jurídica. Síndrome de Munchausen por procuração. Maus-tratos.

ABSTRACT

This article presents the legal treatment for the ill-treatment of crimes caused by Munchausen syndrome by proxy, in which case the mother submits her son to a lot of medical procedures even knowing the lack of a physical illness. The Munchausen syndrome by proxy is a form of continued child maltreatment because the minor is subjected to painful situations for the mother's action, which presents itself as caring and protective. This unusual behavior hinders the early detection of violence suffered by the child may in serious cases come to death. When there is the occurrence of ill-treatment of crime and the case is not properly identified for stating the unaccountability of the agent, the carriers of the syndrome are treated as criminals and are taken from the interaction with society. But the mother does not represent danger to society, your freedom ends up being private because of a lack of technical knowledge and dissemination of mental disorder. By the instrumental dogmatic method this work go make a reflection psycho-legally treating this disorder so that the subject pass to be better known and debated so that, later, the academic community has needed subsidy to seek better alternatives to the problem of this research.

Keywords : Forensic psychology. Munchausen syndrome by proxy. Mistreatment.

INTRODUÇÃO

O direito reconhece que a pessoa portadora de transtorno mental deve ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde para que esse supra suas necessidades. Há casos em que o transtorno psíquico representa um fator determinante para a prática de um crime.

No caso da Síndrome de Munchausen por procuração uma mãe comete crime de maus-tratos contra seu filho estando sob efeito do transtorno. Para que essa tenha acesso a um tratamento que supra suas necessidades, é necessário que sua condição psíquica seja atestada por um perito. Quando o juiz tem em mãos o documento que prova sua inimputabilidade a mãe passa a cumprir uma medida de segurança.

A medida de segurança para aquela que cometeu crime de maus-tratos consiste em internação em manicômio judiciário. Entende-se que o manicômio é meio necessário e suficiente para que suas necessidades sejam supridas e para o retorno ao convívio social.

Portanto este artigo foca-se em dois problemas matriz: o primeiro situa-se na dificuldade prévia de identificação da doença, isso ocorre quando o transtorno não consegue ser identificado pelos profissionais da saúde e quando o caso chega ao judiciário não há o tratamento específico descrito na lei para a mãe com transtorno mental, equivocadamente os cuidados médicos da mãe portadora da síndrome são substituídos pelo cárcere. O segundo problema encontra-se na dúvida de saber se, na hipótese em se identifica a doença, a aplicabilidade de uma medida de segurança detentiva, em manicômio judiciário, é a mais adequada para a reabilitação da genitora.

O transtorno não consegue ser facilmente diagnosticado porque a síndrome é de difícil identificação pelos profissionais da saúde e porque parte destes profissionais consideram o transtorno como pouco relevante. Por consequência os trabalhos destinados à pesquisa desse assunto são escassos o que acaba revelando a ausência de conhecimento acerca do transtorno mental, e por um erro na gênese do fato o caso não chega ao conhecimento das autoridades judiciárias.

E ainda quando é possível identificar que a infratora cometeu o crime dentro do contexto de um transtorno mental que a impossibilita de determinar-se de modo contrário à descrição da norma, questiona-se se a medida de segurança de caráter detentivo é a melhor providência

para a reabilitação de uma pessoa que apesar de ser considerada perigosa para sua prole, pode perfeitamente conviver em sociedade sem causar nenhum dano a essa.

Este estudo tem enfoque voltado para as crianças e a relação com sua mãe, portadora da Síndrome de Munchausen por procuração. Porque muitas delas não têm maturidade para identificar e relatar os maus-tratos e são extremamente vulneráveis, além disso, os casos entre mães e filhos são mais frequentes quando comparados a outros casos nos quais a pessoa prejudicada é maior de idade.

A técnica de pesquisa utilizada é a dogmática- instrumental, pois buscou-se respostas ao problema de pesquisa na doutrina existente e em artigos científicos que tratam da síndrome. A pesquisa é interdisciplinar porque relaciona os conceitos referentes ao tema do trabalho, presente nos artigos da comunidade científica, com o direito.

A disciplina psicologia jurídica foi uma ferramenta muito importante neste trabalho, porque ela propiciou que se olhasse para esse problema inserido no direito de maneira mais atenciosa as peculiaridades do caso. Possibilitou-se extrair da norma a subjetividade das relações que envolvem o transtorno psíquico. Assim, a disciplina facilita a busca de resposta para os problemas encontrados.

No início deste artigo serão descritos os aspectos que tornam possível identificar o comportamento da mãe portadora da síndrome. Essa apresenta-se como uma mulher protetora e cuidadosa e embora compreenda o caráter ilícito de suas ações, não pode determinar-se de outro modo, pois o transtorno torna essas ações contínuas e compulsivas, mesmo amando seu filho ela não consegue parar de praticar os crimes contra ele.

Na segunda parte será abordada a legislação de proteção à criança e como compatibilizá-la com as consequências das medidas judiciais cabíveis sobre a relação entre mãe e filho.

A terceira parte abordará a responsabilização da mãe portadora da síndrome e a importância da atuação do perito psicólogo durante todo o processo judicial. Também será tratado o caráter penalizador da medida de segurança aplicada quando a agente é considerada inimputável.

Dessa forma, presente trabalho tem enfoque destinado a Síndrome de Munchausen na modalidade por procuração e no tratamento jurídico atual dado para os casos nos quais a mãe

portadora do transtorno acaba fazendo com que o menor sofra com suas ações. Será exposta a dificuldade latente dos profissionais da saúde na identificação do problema que acaba levando a paciente ao cárcere, também se analisará a real intenção da mãe ao submeter a criança à internações e tratamentos desnecessários bem como, se as medidas judiciais cabíveis para a portadora do transtorno psíquico podem ou não restabelecer a relação entre mãe e filho suprimindo as necessidades psicológicas de ambos.

A SÍNDROME DE MUNCHAUSEN E OS MAUS-TRATOS

Todo transtorno mental não permite que o indivíduo atue dentro dos padrões da normalidade aceito pela sociedade em geral. As características dos transtornos sofrem mudanças ao longo do tempo e variam de cultura para cultura¹. Um transtorno mental de difícil tratamento é a Síndrome de Munchausen, porque os pacientes costumam apresentar aversão a qualquer tipo de terapia. Outra dificuldade enfrentada é que os indícios da doença são de difícil diagnóstico, eles são variáveis e incomuns no cotidiano dos hospitais².

A principal característica dessa síndrome está na constante indução de sintomas de doenças, sendo esse comportamento descrito como um distúrbio factício. A Síndrome de Munchausen se subdivide nas modalidades: propriamente dita e por procuração.

Na primeira modalidade o paciente simula sintomas inexistentes de doença (qualquer doença) em si próprio. Este apresenta vontade de se submeter a vários procedimentos médicos, possui baixa auto-estima e finge existir um histórico de diagnóstico médico. Mesmo sendo prejudicial ao paciente o fato é um indiferente para o direito porque não há punição para quem atenta contra sua própria vida³. Por este motivo essa espécie não será aprofundada no presente trabalho.

Na segunda modalidade verifica-se que o paciente, a mãe em 85% (oitenta e cinco por cento) a 95% (noventa e cinco por cento) dos casos⁴, produz, simula ou inventa, sintomas em seu filho para que esse seja considerado doente, conforme relata o autor Jorge Trindade em

¹FIORELLI, José Osmir. MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.p.97.

²TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 331.

³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.330-331

⁴TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p. 331- 332.

referência a obra de Julie Gregory⁵. A pessoa que detém a síndrome dessa modalidade apresenta-se extremamente cuidadosa e em momento algum relata suas ações como meio destinado a provocar maus-tratos ou violência à pessoa que está sob seus cuidados. No outro polo da relação encontra-se a vítima que tem como característica principal a vulnerabilidade em relação a seu cuidador. Assim, é comum que idosos e crianças sofram constantemente com as ações do portador da Síndrome de Munchausen por procuração.

Conforme pode-se identificar, a segunda modalidade do transtorno, para a qual se destina esse artigo, é definida como uma situação na qual um terceiro, dependente do paciente que sofre da síndrome, é levado a cuidados médicos devido a sintomas e/ou sinais de doença inventados ou provocados por esse⁶. Vale ressaltar que o dependente sofre com o seu cuidador, que mente e simula os falsos sintomas podendo levá-lo a óbito.

Por isso este estudo tem enfoque voltado para as crianças e sua relação com a mãe com Síndrome de Munchausen porque muitas delas não têm maturidade para identificar e relatar os maus-tratos e são extremamente vulneráveis. De acordo com o artigo 136 do Código Penal este é um delito praticado contra a pessoa que está sob seus cuidados e consiste na exposição desta a perigo de vida e a saúde.⁷

No direito a conduta da mãe diante de seu filho é definida como crime de maus-tratos. A ação da genitora também está descrita no artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA- Lei 8.069/90) que proíbe a criança ou adolescente de ser objeto de qualquer forma de

⁵TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.331- 332.

⁶MATOS, Mileny Matos de. **“Protocolo de atenção integral a crianças e adolescentes vítimas de violência.”**Disponível em: <www.tjdft.jus.br/cidadaos/infanciaejuventude/publicacoes/publicacoes1/protocoloatenintegralcrinasadolescentesvitasviol.pdf>. Acesso em 2/11/15.

⁷Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos. (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990).

BRASIL. Código Penal(1940). In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁸.

Todavia na psicologia considera-se que a criança “doente” não é o objeto no qual se destina as ações de sua mãe, ela é apenas o meio que a portadora do transtorno encontra para entrar em contato com o médico, o pai da criança, ou qualquer pessoa que ela busque atenção.

Por isso a necessidade de um laudo, pois a portadora da síndrome não consegue parar comportar-se desse modo e não sendo comprovada a determinação de tornar a criança objeto de sua violência não há que se falar em pena mas na aplicação de medida de segurança de caráter detentivo, quando há internação em um manicômio judiciário.

O psicanalista e doutor em psicologia Alfredo Zenoni relata que a mãe sofre de uma perversão do instinto materno, agindo impulsivamente sem nenhum motivo. De acordo com o autor, no momento em que comete o crime de maus-tratos, a genitora despreza qualquer tipo de razão socialmente aceita⁹.

Em pesquisa publicada na Espanha pelas pediatras Sabatini e Grazzini na qual foram estudados cinco casos de crianças internadas devido à influência da Síndrome de Munchausen por procuração, concluiu-se que a mãe age dessa forma porque possui pouca ou nenhuma consciência da consequência de seu comportamento sobre os outros¹⁰.

Em conformidade com o entendimento dos mencionados autores o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM- 5) aponta que quando a Síndrome de Munchausen por procuração é causa determinante de maus-tratos à criança, decorrentes da manipulação fraudulenta dos sintomas de doença por seus genitores, configura-se um comportamento criminoso. De acordo com o manual o comportamento criminoso e a doença mental não são causas mutuamente excludentes¹¹.

⁸Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

BRASIL. ECA (1990). In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹ZENONI, Alfredo. Quando o filho realiza o objeto (A respeito da chamada .síndrome de Munchausen por procuração). **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 8, n. 12, p. 65-71, dez. 2002, p. 68.

¹⁰GRAZZINI, Maria Quiroga de. SABATINI, Ana González. “**Síndrome de Munchausen by proxy, como fenômeno vincular.**” Disponível em: <http://www.alatinoamericana-naf.com/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=147> .Acesso em: 23/05/2016.

¹¹CORDIOLI, Aristides Volpato. et al. **Manual diagnóstico e estatístico de transtorno 5 (DSM-5)**. Porto Alegre: Artmed, 2014,p.366.

Por isso é importante que os peritos, sejam eles psiquiatras ou psicólogos, atuem como auxiliares do juiz. Elaborando um laudo técnico capaz de atestar a inimputabilidade ou não da agente que, portadora de uma doença mental como esta, acaba cometendo um crime tão bárbaro contra sua própria prole.

Para os casos identificados nos hospitais e que chegam ao judiciário, o julgador deve requerer um laudo que atesta a inimputabilidade ou mesmo a semi- inimputabilidade da mãe, pois em alguns momentos ela tem consciência do que faz, mas mesmo assim não consegue agir de modo contrário.

A doutora do departamento de pediatria do centro médico da Universidade do Colorado, Donna Andrea Rosenberg, relata em seu artigo¹² diversos casos do transtorno identificados pelos profissionais que os encaminharam ao judiciário. Em ambos a mãe foi afastada de seu filho e submeteu-se aos tratamentos psicológicos devidos. A autora relata o episódio no qual a mãe da criança disse ao pediatra que seu filho tinha sangue na urina. Quando se recolhia o sangue da criança para análise clínica, a mãe apresentava seu próprio sangue com intuito de simular um sintoma. Em outro caso, a mãe administrou substâncias não prescritas e desnecessárias, em grande quantidade para seu filho.¹³

Há de se considerar que para médicos e enfermeiros é difícil compreender porque uma mãe deixa de agir como a protetora de seu filho amado sem uma razão aparentemente plausível, sobretudo porque seu comportamento perante estes profissionais está acima de qualquer suspeita, é o que se depreende dos relatos de da professora doutora psicanalista Adela Gueller¹⁴.

Se é difícil para eles aceitarem que desempenham um papel na gênese dessa configuração, mais difícil ainda é compreenderem os efeitos devastadores da ação médica sobre a subjetividade, mesmo considerando que já estamos diante de uma subjetividade em estado terminal. Daí que, na demanda por investigação e tratamento médico, sejam freqüentes as cirurgias de retirada de órgãos. Oferecer o próprio corpo ou o do filho dessa maneira lembra os rituais religiosos de purificação e mortificação, nos quais pela via do sofrimento o sujeito intenta mudar sua posição simbólica. Os ritos de passagem marcam

¹²ROSENBERG, Donna Andrea. **Síndrome de Munchausen por Poderes**. 2003. Journal: Child Abuse & Neglect - CHILD ABUSE NEGLECT, vol. 27, nº. 4. p. 420.

¹³ROSENBERG, Donna Andrea. **Síndrome de Munchausen por Poderes**. 2003. Journal: Child Abuse & Neglect - CHILD ABUSE NEGLECT, vol. 27, nº. 4. p. 420 - 421.

¹⁴GUELLER, Adela Stoppel De. Entre a Mãe ideal e a Medicina ideal: síndrome de Munchausen transferida, um transtorno factício. **Latin-American Journal of Fundamental Psychopathology on Line**, São Paulo, v. VI, n. 2, p. 56 - 68, abr. 2016. p. 61- 62.

geralmente o início da vida adulta ou religiosa; mas que tipo de inscrição se busca aqui? É forçoso admitir que, para criar ou produzir intencionalmente sintomas no próprio filho, uma mãe deve ter uma boa razão, ainda que não seja consciente.¹⁵

Os casos nos quais não são identificados clinicamente o transtorno, a mãe sofre medidas judiciais mais severas porque não recebe nenhum tratamento psicológico especial, pois na ausência do laudo pericial, considera-se que essa estava em seu juízo perfeito.

Desse modo, o encaminhamento às autoridades judiciárias acaba não ocorrendo e os casos ficam no limbo do desconhecimento conforme se pode abaixo depreender da pesquisa realizada por Vanessa Prussiano em seu trabalho de conclusão do curso de enfermagem¹⁶:

Dos artigos encontrados, são poucos os que exprimem dados epidemiológicos do país de origem, e destes alguns não fornecem dados maiores sobre a incidência da SMP. (...) Já outros artigos citam dados que nos permitem ter uma visão sobre o que acontece em outras partes do mundo, com exceção do Brasil, que ainda não produziu publicação similar e atualizada.¹⁷

Em estudo retrospectivo realizado na enfermaria de pediatria e na unidade de cuidados especiais neonatais do Centro Hospitalar de Setúbal, em Portugal, por meio do qual foi realizada uma consulta aos processos de crianças internadas por maus-tratos no período entre Janeiro de 2006 e Junho de 2008, não foi encontrado nenhum caso de maus-tratos a crianças provocados pela Síndrome de Munchausen¹⁸.

Esses dados ilustram como Síndrome de Munchausen é um transtorno mental de difícil detecção por profissionais da saúde. O fato é que os profissionais que lidam diretamente com patologias dessa natureza tem atualmente grande dificuldade de identificá-la. Quando uma mãe que sofre da doença pratica algum tipo de infração, por não haver um trabalho conjunto de profissionais, é julgada sem que ocorra a verificação de sua provável inimputabilidade.

Situação semelhante foi a relatada em um Pronto Socorro Infantil de um Hospital

¹⁵GUELLER, Adela Stoppel De. Entre a Mãe ideal e a Medicina ideal: síndrome de Munchausen transferida, um transtorno factício. **Latin-American Journal of Fundamental Psychopathology** on Line, São Paulo, v. VI, n. 2, p. 56-68, abr. 2016. p. 61-62.

¹⁶PRUSSIANO, Vanessa Bonini. **Síndrome de Munchausen por procuração: implicações para o cuidado de enfermagem**. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/24700/000748492.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20/04/16.

¹⁷PRUSSIANO, Vanessa Bonini. **Síndrome de Munchausen por procuração: implicações para o cuidado de enfermagem**. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/24700/000748492.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20/04/16.

¹⁸NUNES, Paula. RAMINHOS, Isabel. Maus-tratos infantis – a realidade de um Hospital Distrital! **Acta MedPort**; Portugal, n. 23(3), p. 413-418, 2010. p.415.

Público do Distrito Federal. Na ocasião, a equipe do hospital, formada por médicos e psicólogos levou cerca de um ano para que a mãe fosse diagnosticada com a síndrome¹⁹.

Assim, percebe-se que mesmo com a constante divulgação de episódios de maus-tratos à crianças a informação nem sempre é completa, desconhece-se o fator determinante de incidência do transtorno e as medidas que são aplicadas nestes casos²⁰. Pode-se pensar que pela natureza objetiva dos exames realizados nas vítimas, o médico poderia constatar a fraude da agente e dar o diagnóstico da síndrome, encaminhado- a para as medidas cabíveis. Entretanto, mesmo com os instrumentos capazes de fazer cessar o sofrimento do menor, há um elemento de natureza subjetiva que acaba confundido os profissionais ante a necessidade de diagnóstico da doença: a dedicação da mãe cuidadora. Essa mãe tem um comportamento aparentemente exemplar, pois se apresenta muito preocupada com seu filho²¹.

Para exemplificar a dificuldade de diagnóstico mencione-se dois casos de Síndrome de Munchausen por procuração conhecidos na mídia, nos quais as mães chegaram até a Casa Branca e foram premiadas pelas primeiras-damas norte-americanas como mães exemplares²²:

Em 1988, Yvonne Eldrige foi eleita “Mãe do Ano” pela então primeira dama Nancy Reagan. Suas duas filhas adotivas passaram por dezenas de médicos e se submeteram a cirurgias por problemas intestinais. Hoje, Eldrige é acusada de não ter alimentado as meninas e de ter descrito sintomas que jamais existiram.

Em 1994, Kathleen Bush foi recebida por Hillary Clinton e homenageada pela devoção que demonstrava ter por sua filha Jennifer. A menina sofria de problemas intestinais crônicos. Foi hospitalizada cerca de 200 vezes, para diagnóstico, e submetida a 40 cirurgias. Mais do que isso, as sindicâncias médicas instauradas após as denúncias concluíram que todas aquelas cirurgias, nas quais se removeram a vesícula biliar, o apêndice e parte dos intestinos, foram absolutamente desnecessárias, tendo sido realizadas apenas em função da insistência da mãe junto aos médicos (Folha de S. Paulo.

¹⁹FERRÃO, Ana Carolina Fernandes, et al. Síndrome de Munchausen por Procuração: quando a mãe adoece o filho; **Com. Ciências Saúde**; Brasília- DF. n. 24(2); p. 179-186; 2013.p. 184.

²⁰NUNES, Paula. RAMINHOS, Isabel. Maus-tratos infantis – a realidade de um Hospital Distrital! **Acta MedPort**; Portugal, n. 23(3), p. 413-418, 2010. p.414.

²¹GUELLER, Adela Stoppel De. Entre a Mãe ideal e a Medicina ideal: síndrome de Munchausen transferida, um transtorno factício. **Latin-American Journal of Fundamental Psychopathology on Line**, São Paulo, v. VI, n. 2, p. 56-68, abr. 2016. p. 63-64.

²²GUELLER, Adela Stoppel De. Entre a Mãe ideal e a Medicina ideal: síndrome de Munchausen transferida, um transtorno factício. **Latin-American Journal of Fundamental Psychopathology on Line**, São Paulo, v. VI, n. 2, p. 56-68, abr. 2016. p.64.

Como se pode notar, esta forma de mau- trato infantil leva não só a sequelas físicas irreparáveis ou a morte do menor, como também infere- se implicações psicológicas tanto a criança quanto a mãe desta, porque nesses episódios o judiciário atua apenas retirando a guarda da mãe com síndrome ou quando muito lhe propicia tratamento psicológico. Não há um dispositivo legal, um política pública ou um procedimento propício a dar o devido tratamento à mãe e o restabelecimento da relação com seu filho²⁴.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DAS MEDIDAS JUDICIAIS NA RELAÇÃO ENTRE MÃE E FILHO

Devido à síndrome, a genitora passa a apresentar ações que causam lesões físicas, psicológicas e danos na saúde de crianças indefesas, por isso é importante trazer à baila o tema da tutela jurídica de proteção ao menor. Porque há no outro polo da relação uma criança, um indivíduo central dentro da família que deve ser protegido de situações como essa. A ela são garantidos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, o direito à vida, à saúde, à liberdade, à convivência familiar e em comunidade e à dignidade. No atual contexto social, constata-se que os direitos da criança e do adolescente devem ser primordialmente protegidos para que se possa construir uma sociedade mais justa e solidária²⁵.

Diante disso, não é surpresa constatar que os governos de diversos países de todo o mundo buscam seguir as diretrizes dos tratados e convenções, criados especialmente para a tutela dos direitos da criança e do adolescente²⁶. A atual Constituição brasileira, no artigo 279, destaca a matéria de proteção integral do menor. Esse artigo da Constituição aponta a responsabilidade do cuidado ao menor por sua família, bem como pela sociedade e pelo Estado²⁷.

A proteção integral do menor é uma diretriz constitucional que destina as gerações

²³GUELLER, Adela Stoppel De. Entre a Mãe ideal e a Medicina ideal: síndrome de Munchausen transferida, um transtorno factício. **Latin-American Journal of Fundamental Psychopathology on Line**, São Paulo, v. VI, n. 2, p. 56-68, abr. 2016.p.64.

²⁴FERRÃO, Ana Carolina Fernandes, et al. Síndrome de Munchausen por Procuração: quando a mãe adocece o filho; **Com. Ciências Saúde**; Brasília- DF. n. 24(2); p. 179-186; 2013.p. 184.

²⁵JUNIOR, João Paulo Roberti. Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. **Revista da Unifebe** (Online), Santa Catarina, n. 10, p.105-122, jan/jun2012.p. 2.

²⁶JUNIOR, João Paulo Roberti. Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. **Revista da Unifebe** (Online), Santa Catarina, n. 10, p.105-122, jan/jun2012.p. 2.

²⁷JUNIOR, João Paulo Roberti. Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. **Revista da Unifebe** (Online), Santa Catarina, n. 10, p.105-122, jan/jun2012. p.11.

futuras o dever de agir em prol de melhores condições para o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente devido a sua extrema vulnerabilidade. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n.º 8.069) é o regulamento específico baseado na diretriz constitucional acima referida, que protege o menor agredido.

O princípio da proteção integral é exclusivo do estatuto que dispõe sobre os direitos da criança e é por meio dele que se dá a criança um status de ser humano mais digno do que se daria a um adulto. Em virtude de estarem em condição de desenvolvimento, os menores merecem prioridade absoluta ao usufruir de seus direitos. É, nas palavras do autor Guilherme Souza Nucci, a hiperdignificação²⁸ da pessoa humana:

A proteção integral é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para reger ou limitar o gozo de bens e direitos.²⁹

O art. 5º do diploma legal resguarda as crianças dos maus-tratos, pois estabelece que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais³⁰.

Conforme se pode verificar, atualmente o Estatuto da Criança e Adolescente é o principal dispositivo de tutela os direitos essenciais de crianças que estão sendo internadas nos hospitais e submetidas a tratamentos desnecessários por sua mãe. Com matriz na doutrina de proteção integral, o cuidado destinado a essa criança é dever de sua família, da sociedade que está a sua volta e do Estado. Por isso, as mães com síndrome são submetidas às ações de destruição do poder pátrio ou guarda do menor. Nos casos de verificação da ocorrência de maus-tratos, os profissionais do direito são orientados a retirar a criança dos cuidados da perpetradora deixando-a sob responsabilidade de outra pessoa.

Tal medida é de suma importância para o bom desenvolvimento do menor, pois mesmo que essa esteja sofrendo violência por parte da mãe, a criança ama sua genitora e faz tudo para

²⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p. 6.

²⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p. 6.

³⁰JUNIOR, João Paulo Roberti. Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. **Revista da Unifebe** (Online), Santa Catarina, n. 10, p.105-122, jan/jun2012. p.13.

agradá-la inclusive a auxilia a provocar os falsos sintomas. O menor sente que o amor e afeto da mãe está condicionado ao fato de ela simular a doença³¹.

Se a criança continuar com a mãe, correrá o risco de na adolescência ou na fase adulta tornar-se portadora da Síndrome de Munchausen clássica, quando os sintomas são produzidos pela própria pessoa, sendo que a mãe poderá tornar-se cúmplice da simulação³².

Em contrapartida, a separação da criança de sua mãe pode provocar resultados negativos. Há casos em que estas passam a esquivar-se das pessoas, ter alterações no sono, comportamentos hipocondríacos, autoagressão e síndrome do estresse pós-traumático. De acordo com a pesquisa da doutora psicanalista Adela Gueller quando separada, a criança pode sentir culpa pela situação vivenciada e ver-se castigada por algo não compreendido por ela³³:

Sabe-se muito pouco sobre as consequências psíquicas da MSBP nas crianças. Os casos diagnosticados se ocupam fundamentalmente da mãe, encaminhando- a para um tratamento psicoterápico que costuma fracassar e, em alguns casos, a derivação à Vara da Infância determina a separação da mãe e da criança. Meadow informou que as crianças que foram retiradas de seu lar e separadas da mãe mantinham atitudes evitativas, alterações do sono, comportamentos hipocondríacos e síndrome de estresse pós-traumático.

Um estudo retrospectivo sobre 47 mães nos informa que 72% tinham uma história de transtornos fictícios ou somatomorfos, 55% tinham na sua história episódios de autoagressão e nenhuma tinha apresentado episódios psicóticos³⁴.

Assim, nem sempre a integral proteção à criança se materializa com a punição e afastamento de sua mãe. Pois o afastamento por completo pode gerar consequências graves a saúde e bem estar do menor. Para que o futuro da criança seja tranquilo e seguro, a organização de uma equipe multidisciplinar composta por médicos, enfermeiros, assistentes sociais, psiquiatras, psicólogos, e eventualmente advogados que estejam acompanhado o caso quando judicializado, podem elaborar estratégias que melhorem a qualidade de vida da vítima, fazendo

³¹TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 334- 336.

³²TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 334-336.

³³PRUSSIANO, Vanessa Bonini. **Síndrome de Münchausen por procuração: implicações para o cuidado de enfermagem**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/24700>>. Acesso em: 28/04/2016.

³⁴GUELLER, Adela Stoppel De. Falhas na operação transativista materna na síndrome de Munchausen por procuração. **Revista Latino- americana de Psicopatologia**. São Paulo, vol. 12, nº2, p. 276-284, jun. 2009.p. 281.

com que haja responsabilização de sua mãe sem que este inocente sofra as consequências³⁵. Como ocorreu em Portugal nos anos noventa, quando o Estado iniciou uma abordagem multidisciplinar médica, sociológica e jurídica nos núcleos de apoio à família e à criança em vários hospitais, intervenções como essa contribuíram para que o assunto fosse debatido naquele país³⁶.

3. A RESPONSABILIDADE DA GENITORA

Apesar de a Constituição dispor que o menor deve ser integralmente protegido, exigindo medidas para a proteção a esse. No momento da aplicação das medidas que responsabilizam a infratora, deve-se ter em conta os direitos da mãe portadora de um transtorno que a torna inimputável. E o direito reconhece no artigo 2º, parágrafo único, inciso I da lei 10.216/01 que a pessoa portadora de transtorno mental deve ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde para que esse supra suas necessidades³⁷.

Desse modo, é importante que os profissionais que lidam diretamente com os casos nos hospitais possam identificar a síndrome o quanto antes para a criança não sofrer mais e evitar-se que a mãe não seja levada ao presídio e acabe não recebendo o tratamento adequado e necessário para seu transtorno. A instalação de câmeras nos hospitais³⁸ podem auxiliar na produção de provas para a tomada de providências em relação à mãe com transtorno e ainda evitar que aconteçam novos crimes.

Na prática cotidiana não há a devida verificação da inimputabilidade da agente, esta acaba sendo encaminhada aos presídios e então seu problema é agravado porque esta não recebe o devido tratamento psicológico. Tal conclusão pode se depreender da publicação apresentada

³⁵PRUSSIANO, Vanessa Bonini. **Síndrome de Münchausen por procuração: implicações para o cuidado de enfermagem**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/24700>>. Acesso em: 28/04/2016.

³⁶NUNES, Paula. RAMINHOS, Isabel. Maus-tratos infantis – a realidade de um Hospital Distrital! **Acta MedPort**. Portugal, n. 23(3), p. 413-418, 2010. p.414.

³⁷Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

BRASIL. Lei 10.216/2001. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁸PRUSSIANO, Vanessa Bonini. **Síndrome de Münchausen por procuração: implicações para o cuidado de enfermagem**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/24700>>. Acesso em: 28/04/2016.

pelos médicos psiquiatras José Taborda, Lisieux Telles e Gabriela Costa em referência ao trabalho do psiquiatra Sérgio Baxter Andreoli:

O problema maior, entretanto, reside na população penitenciária comum. Esses prisioneiros apresentam elevada e diversa prevalência de psicopatologia: desde transtornos de personalidade, parafilias, abuso de substância psicoativa, retardo mental e reações de ajustamento – condições clínicas esperáveis e empiricamente observadas – a doenças mentais graves, como esquizofrenia, transtorno bipolar e depressão maior. Desde o fundamental trabalho de Fazel e Danish, de 2002, estima-se que, nos cárceres dos principais países do mundo ocidental, encontre-se cerca de 14% de detentos com doenças mentais graves. No Brasil, estudo realizado no estado de São Paulo demonstrou que esse índice é de 12% (Andreoli e cols, 2008).³⁹

Assim, percebe-se que uma parcela do problema exposto encontra-se na insuficiência das leis brasileiras, pois não há um dispositivo expresso que preveja as exatas consequências jurídicas de casos específicos de maus-tratos a crianças decorrentes do transtorno provocado pela síndrome. Essa falta de especificidade dificulta o estudo mais aprofundado de toda a comunidade acadêmico- jurídica a respeito do tema.

Os danos causados à criança no contexto da Síndrome de Munchausen por procuração que tenham como protagonista a mãe da criança, quando não identificados, são classificados como violência intrafamiliar, lesões pessoais ou homicídio⁴⁰.

Esses crimes tem suas penas agravadas devido ao fato de entender-se que a mãe tem que assumir, de fato e de direito, a posição de garantidora do bem estar da criança⁴¹ e por agir de modo contrário a esse posicionamento, quando não há laudo atestando sua inimputabilidade, porque anteriormente não identificou-se o quadro clínico, ela acaba sendo criminalizada como uma imputável.

³⁹CORDEIRO, Quirino. LIMA, Mauro Gomes Aranha de. **Medida de segurança – uma questão de saúde e ética**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. p.100 – 101.

⁴⁰HERNÁNDEZ, Natália Ruiz. OCAMPO, Margie Taborda. SIERRA, Carolina Carmona Sierra. **Aproximación Psicojurídica Del Síndrome de Munchausen Por Poder em Colômbia**. Universidade de San Buena Ventura Faculdade de Psicologia, 2010.p.16.

⁴¹Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

A noção de inimputabilidade nasceu da teoria finalista do crime ou final, criada por Hans Welzel entre os anos de 1930 e 1960. De acordo com esta teoria a conduta criminosa é um comportamento humano voluntário psicologicamente dirigido a uma finalidade⁴². O Código Penal enumera as hipóteses de inimputabilidade, são elas: menoridade, embriaguez e distúrbios mentais. Em virtude de o objeto deste trabalho estar enquadrado na hipótese dos distúrbios mentais, será essa a única a ser estudada no tópico subsequente.

3.1. DA INIMPUTABILIDADE DA GENITORA

De acordo com o artigo 26, *caput*, do Código Penal, a imputabilidade por anomalia psíquica é aquela na qual o indivíduo, em razão de sua condição mental (por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto), era ao tempo da prática do crime inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento⁴³. A doença mental deve ser interpretada de forma mais abrangente possível, podendo ser qualquer enfermidade que debilite, total ou parcialmente, as funções psíquicas do agente⁴⁴.

Neste artigo do Código Penal foi adotado o critério biopsicológico, isso significa que não basta o agente ser portador de anomalia psíquica para que seja considerado inimputável, podendo um doente mental ser tido como imputável na hipótese na qual sua anomalia psíquica não se manifesta de maneira a alterar sua autodeterminação ou capacidade intelectual⁴⁵.

Com isso compreende-se que a imputabilidade é a possibilidade de atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal. Se o sujeito é considerado imputável deve-se entender que este tem liberdade e faculdade de comportar-se de modo diferente da descrição proibitiva presente na norma.⁴⁶

Outra classificação aceita no Brasil é a semi- imputabilidade, nela estão grande parte os periciados com os diagnósticos que apontam para transtornos de personalidade. Essa

⁴²CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal. Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. Volume único, 2ª Edição, Editora Juspodivm, 2014, p. 168- 169.

⁴³CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal. Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. Volume único, 2ª Edição, Editora Juspodivm, 2014.p.259.

⁴⁴CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal. Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. Volume único, 2ª Edição, Editora Juspodivm, 2014.p.259.

⁴⁵CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal. Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. Volume único, 2ª Edição, Editora Juspodivm, 2014.p.259.

⁴⁶CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal. Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. Volume único, 2ª Edição, Editora Juspodivm, 2014. p. 258.

classificação consiste na verificação de que o indivíduo é aparentemente são, mas por algum transtorno mental não possui capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme este entendimento no momento da prática do crime.

Quando o laudo comprova a inimputabilidade, havendo atestado de que a agente era ao tempo do crime inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o juiz deve absolver a ré nos termos do artigo 386, inciso IV do Código de Processo Penal porque por determinação do artigo 26, caput do Código Penal a inimputabilidade da agente é uma causa de isenção de pena. Como a ré é isenta de pena ela passa a cumprir uma medida de segurança em substituição a esta.⁴⁷

A medida de segurança aplicável no caso de crime de maus-tratos é a internação em um manicômio judiciário porque a penalidade cabível é de detenção nos termos do artigo 136 do Código Penal. Além da medida de segurança na modalidade de internação, ou detentiva, existe a previsão do tratamento ambulatorial, ou medida de segurança restritiva, que consiste em constantes visitas ao centro de tratamento com acompanhamento médico. Nesse caso a periciada permanece em casa.

O tratamento ambulatorial não é aplicável a essa espécie de crime, por se punido com detenção a internação é a medida cabível em substituição a pena porque leva-se em conta a gravidade do crime cometido e a periculosidade da agente. O tratamento ambulatorial lhe seria aplicável caso o crime cometido fosse punido com pena restritiva porque a gravidade do crime e a periculosidade da agente é, de acordo com o Código Penal, reduzida.⁴⁸

Se todavia ela for considerada semi-imputável não se aplica medida de segurança. O juiz pode atribuir pena reduzida pelo fato de a agente não ter tido pleno discernimento no momento da prática do crime. Nesse caso ela é condenada e não se aplica medida de segurança, somente a pena reduzida de um a dois terços conforme dita parágrafo único do artigo 26 do Código Penal.⁴⁹

⁴⁷GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Volume 1 - Parte Geral Artigos 1º a 120 do Código Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Impetus, 2016.p. 396-397.

⁴⁸FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.35.

⁴⁹GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Volume 1 - Parte Geral Artigos 1º a 120 do Código Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Impetus, 2016. p. 396-397.

Serão duas formas distintas de lidar com a portadora do transtorno. Se for classificada como inimputável será aplicada a mãe medida de segurança e haverá absolvição, pois a inimputabilidade a isenta de pena. Contudo se for esta uma semi- inimputável lhe será aplicada a pena reduzida de um a dois terços, tudo dependerá do laudo técnico fornecido ao juiz.

Pode-se afirmar que no caso da Síndrome de Munchausen não existe liberdade ou faculdade de atuar de modo diferente. Porque a mãe com transtorno age orientada por uma finalidade diversa daquela descrita na norma e seu objetivo é chamar atenção para si. Mesmo amando seu filho ela não consegue parar de machucá-lo.

A genitora tem consciência de que sua ação não é lícita, mas o transtorno a induz a uma compulsão da qual ela não consegue se libertar sozinha. Quando não há a devida identificação da doença e a genitora comete o ilícito é penalizada como se imputável fosse. Ela pode ser levada a prisão porque, na ausência de um laudo, essa apresenta-se como consciente de seus atos e aparentemente capaz de determina-se de modo diverso daquele descrito na norma proibitiva. Todavia, o cárcere não é o meio eficaz para que ela pare de atuar desse modo. Cabe ao perito reconhecer ou não que a doença mental influenciou na capacidade de discernimento ou no poder de vontade no momento do crime, tornando-a inimputável.⁵⁰

3.2. DA ATUAÇÃO DO PERITO

Nos processos criminais a perícia é solicitada pelo juiz nos casos como os desse transtorno, quando há dúvida quanto à saúde mental ou neurofuncional da agente. A perícia é requerida a um médico psiquiatra que poderá solicitar ao psicólogo ou neuropsicólogo que componha sua equipe, esclarecimentos relacionados ao desenvolvimento intelectual, a dinâmica psíquica ou disfunções neuropsicológicas. Em conjunto com o psiquiatra, o psicólogo emite uma avaliação psicológica na condição de exame que complementa as perícias médicas⁵¹.

Com base nos quesitos elaborados pelo juiz, o psicólogo perito irá investigar o funcionamento mental do indivíduo por meio do exame de personalidade que engloba a investigação: cognitiva, psicossensorial, afetiva e neuropsicológica. Estes quesitos convergem

⁵⁰SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p.174.

⁵¹SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p.169.

para a compreensão da conduta humana, que atua junto às instancias biológica, psíquica, social e cultural, moduladoras da expressão do comportamento.⁵²

Com a leitura dos autos e as entrevistas feitas pelo psicólogo ao paciente e a sua família constrói-se um panorama psíquico que o leva a traçar possíveis hipóteses para a elaboração do laudo. Nesse momento, o médico psiquiatra e o psicólogo fundamentam a escolha dos exames subsidiários, tais como: a avaliação neuropsicológica, os testes de inteligência, os inventários, as escalas psicométricas, os testes projetivos e a Prova de Rorshach.⁵³

A avaliação do psicólogo irá responder aos quesitos formulados pelo juiz, de forma que o laudo será o resultado que o fornecerá a evidencia de que a avaliada tem ou não capacidade de entender seus atos, suas consequências e se é capaz de se comportar de acordo com esse entendimento.⁵⁴

O processo de perícia psicológica no espectro forense tem como fundamento trazer um diagnóstico, por meio da neuropsicologia, dos efeitos cognitivos, emocionais e comportamentais de uma desordem neurológica que possa ou não responsabilizar a mãe por seus atos. Para compreender as motivações conscientes e inconscientes para a ação criminosa o psicólogo conhece os fatos, seu contexto social, cultural, sua historia de vida, seus componentes hereditários e sua forma de construir significados e elaborar experiências pessoais.⁵⁵

Por isso as entrevistas e testes do psicólogo ajudam na apresentação de um relatório detalhado das capacidades e dificuldades específicas da pessoa sob análise, esses elementos auxiliam na apresentação de um laudo confiável que reduz ao máximo o excesso de possíveis interpretações subjetivas que possam atrapalhar o andamento do processo, seja ele cível ou criminal.

Na área civil, o artigo 421 do CPC, é um exemplo da importância destes profissionais que trabalham nas ações de interdição, anulação de casamento, guarda de menores,

⁵²SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p. 155.

⁵³SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p. 171- 172.

⁵⁴SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p.154.

⁵⁵SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p.166.

regulamentação de visitas, perda de pátrio poder, separação conjugal, pensão alimentícia, verificação de validade do ato jurídico, testamento, infortunistica, entre outros. Estas ações requerem perícias, o perito do juízo apresenta suas conclusões na forma de laudo médico-pericial e os assistentes técnicos apresentam suas conclusões finais em forma de parecer.⁵⁶

Dentre os exames feitos na perícia o mais importante é o exame de personalidade porque é um dos recursos que apura os aspectos psicológicos da periciada que por sua vez irão compor o laudo pericial de modo mais amplo. Essa é uma das provas, ou muitas vezes a única prova que será usada para que o juiz decida sobre a imputabilidade, inimputabilidade ou semi-imputabilidade da agente.⁵⁷

3.3. A NATUREZA PENALIZADORA DA MEDIDA DE SEGURANÇA DETENTIVA

Quando o laudo atesta que a genitora é considerada inimputável, ou semi-imputável, a medida judicial cabível é a medida de segurança, que consiste em tratamento psiquiátrico ambulatorial (não exige a internação) ou a própria internação em casa de custódia, também denominada manicômio judiciário. Estes lugares possuem precárias condições além de provocar isolamento do convívio social. A medida parece ter natureza de pena, pois até que receba alta médica a internada fica nesse local por tempo indeterminado.

Conforme se viu acima, no momento de sentenciar, o juiz, por meio de laudo emitido pelo perito, avalia o “estado-perigoso” da agente e lhe aplica a medida de segurança ou a pena de cárcere. Então quando a inimputabilidade da mãe pode prejudicar a segurança de terceiros ou para que se adote uma medida mais severa pelo fato de a mãe ter cometido crime mais grave, sugere-se sua internação em casa de custódia e tratamento.⁵⁸

Essas medidas obedecem um prazo estipulado por lei, ao fim do prazo é feita nova perícia para que sejam fornecidas ao juiz informações que irão determinar se o a paciente continua internada ou será liberada. A desinternação ou liberação é sempre condicional, pelo período de um ano, sendo que a qualquer momento o juiz pode determinar novas perícias que se façam necessárias. Nesse momento a função do psicólogo é avaliar a paciente para que essa

⁵⁶SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p.17.

⁵⁷SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p.170.

⁵⁸SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p.174- 175.

possa ser transferida do manicômio judiciário para a liberdade vigiada, caso o seu tratamento esteja correndo bem.

Nesse ponto questiona-se se deter a mãe com transtorno não teria um caráter de pena exacerbada, pois a sua periculosidade se dá em relação à criança maltratada e não, à sociedade. A questão é que a medida de internação baseada no estado perigoso da agente é um meio de puni-la pelo seu modo de ser e não uma medida que seja coerente com a ação praticada, ou seja, a internação estaria sendo aplicada como meio para punir uma pessoa portadora de transtorno psíquico e não uma forma de reabilitar uma doente mental.

Outro ponto bastante questionável é que a lei deixa a possibilidade de a internação se prolongar pelo tempo que for necessário.⁵⁹ Mesmo que se diga que as medidas de segurança não são materialmente penais é muito difícil acreditar nessa tese, pois o próprio dispositivo de lei deixa claro que a internação pode ter caráter perpétuo. Isso extrapola até mesmo o limite legal de pena que é de trinta anos. Os autores Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli compartilham deste mesmo entendimento:

Essas medidas são materialmente administrativas e formalmente penais. Uma das provas mais acabadas de que não podem ser outra a sua natureza é que juridicamente não podem chamar-se de “sanções”, ainda que, na prática, o sistema penal as distorça e a elas atribua, eventualmente, esta função, realidade que se faz necessário controlar e procurar neutralizar.⁶⁰

A retirada do convívio social pode prejudicar a reabilitação psicológica, pois mesmo que a medida de segurança não seja considerada uma pena no meio jurídico é vista pela maioria da sociedade como se pena fosse. E, a partir do momento em que o juiz a mantém em uma casa de custódia e tratamento, há um entendimento de que a mãe da criança é uma pessoa perigosa para toda a comunidade que a rodeia.

A pessoa sofre com o aprisionamento em um manicômio e o preconceito social sendo que o tratamento com psicólogos e psiquiatras poderia se dar fora destes locais, apenas por meio

⁵⁹Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

BRASIL. Código Penal(1940). In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁰ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.118.

de tratamento ambulatorial. Essa medida seria essencial e suficiente para sua reabilitação. Até porque o atual processo de reabilitação é precário a sobrelotação, a violência entre outros problemas que compõem a cultura carcerária, prejudicam o desenvolvimento do bom andamento da reabilitação.⁶¹

Outro fator importante a se observar é que nas perícias, que se repetem durante o período de internação, é importante que o psicólogo avalie os efeitos do aprisionamento, pois pode ocorrer o fenômeno da assimilação da cultura carcerária na qual verifica-se grave prejuízo à personalidade da paciente.⁶²

O psicólogo avaliador deve pautar-se sempre na ética profissional, pois se um instrumento de avaliação psicológica for usado de forma incorreta ou se o avaliador não estiver familiarizado com a literatura clínica pertinente, isso pode levar a um diagnóstico equivocado o que acarretará em graves prejuízos para o retorno ao convívio social e o restabelecimento do relacionamento com seu filho.⁶³

CONCLUSÃO

A importância desse trabalho consiste na divulgação acadêmica da Síndrome de Munchausen por procuração como justificativa para o cometimento do crime de maus-tratos pela mãe. Busca-se uma reflexão psicológica e jurídica a respeito dos casos nos quais esta acaba cometendo o delito por estar sob efeito de um transtorno que a torna incapaz de determinar-se de modo contrário à norma que a incrimina.

Na área da saúde a dificuldade apresenta-se em relação às causas e o desenvolvimento do transtorno, dificultando seu diagnóstico precoce. Isso deriva do fato de a mãe com transtorno apresentar-se extremante preocupada e dedicada ao filho. Todavia esse comportamento não se verifica diante de outros casos de maus-tratos, assim é mais difícil identificar a doença.

⁶¹SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. 174- 176.

⁶²SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p.176.

⁶³SERAFIM, Antônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II**. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2006. p.166.

Outro fator que embaraçou a pesquisa foi o baixo número de registro de casos da síndrome. Por sua vez, este fator provém da dificuldade de identificação dos episódios devido ao comportamento não usual da genitora. A falta de dados faz com que os profissionais da saúde reconheçam que o transtorno seja considerado pouco relevante para a pesquisa o que acaba criando barreiras a sua investigação mais aprofundada, o diagnóstico precoce dos casos e a aplicação das medidas judiciais cabíveis.

Por decorrência do baixo número de registros dos casos os profissionais envolvidos na gênese do problema consideram a síndrome irrelevante para a pesquisa. E isso cria um entrave à proteção dos direitos do menor que fica entregue a todo tipo de violência e não consegue denunciar o que sofre devido a sua vulnerabilidade. Desse modo, os operadores do direito, quando acompanham o caso, devem encaminhar a infratora a uma análise pericial. Mas, para que isso ocorra, é necessário que médicos e enfermeiros tenham conhecimento suficiente para identificar o surgimento desse transtorno.

A falta de maior esclarecimento da síndrome nos hospitais faz com que os crimes praticados nesse contexto não cheguem à correta apreciação pelo poder judiciário e as crianças acabam crescendo desprotegidas, ou pior, morrendo sem que as autoridades constatem o motivo real da morte. Outra consequência do desconhecimento do assunto se dá em relação à mãe com transtorno que é levada ao cárcere devido à falta de um laudo técnico que ateste sua condição especial.

Assim, verifica-se violação aos direitos da mãe agressora e do menor agredido. Quanto à agressora, tem-se que a legislação sobre o tema da inimputabilidade lhe assegura o direito a receber tratamento ambulatorial ou internação. Em relação ao menor agredido, o princípio da proteção integral, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, lhe assegura o direito à proteção a qualquer tipo de violência.

Desse modo, a atuação do perito psicólogo é de suma importância para que o caso seja levado ao judiciário e tratado com a devida atenção a sua condição especial. Porque esse estará atuando não só na elaboração do laudo que atesta a inimputabilidade como também durante o tratamento do transtorno para que, caso seja possível, se possa restabelecer o vínculo familiar entre mãe e filho.

Todavia há de se considerar que dentro do especial tratamento legal dado a casos como esse constata-se a natureza penalizadora da medida de segurança detentiva que consistente na internação da agente em um manicômio por tempo indeterminado. A mãe infratora é uma pessoa que não causa risco para a sociedade e deveria se afastar do menor agredido apenas para receber tratamento ambulatorial.

O cárcere e a internação faz mal não só a mãe com transtorno como também a seu filho que começa a se sentir culpado por ter sido afastado dela. Dessa forma, a adoção de medidas alternativas para a reabilitação da genitora poderá facilitar o restabelecimento da relação com seu filho e evitar o sofrimento do menor. Assim como o procedimento adotado em Portugal nos anos noventa em que se formou uma equipe preparada para atuar nos casos concretos.

Isso mostra o quanto a psicologia jurídica é uma disciplina importante que está sendo inserida nos cursos de graduação em direito, porque ela faz uma conexão interdisciplinar propiciando a seus operadores um olhar mais pontual e específico a respeito do tema.

Com o engajamento em pesquisas e o melhor conhecimento do assunto, a legislação aplicada aos casos pode acabar sofrendo modificações, a fim de que os profissionais atuantes prestem o devido socorro para que o mau-trato a criança não se prolongue.

Os profissionais envolvidos devem possuir subsídio para identificar o mais rápido possível a ocorrência do crime. Uma equipe multidisciplinar formada por profissionais da saúde e do direito é fundamental na avaliação dos casos para a segurança da criança e o fornecimento de adequado tratamento à genitora com o objetivo de restabelecer o vínculo entre ambos.

Sugere-se que futuramente possa haver uma equipe atuando em conjunto formada por médicos, enfermeiros, assistentes sociais, psiquiatras, psicólogos e advogados que estejam acompanhado o caso. A atenção dispendida por esses profissionais deve estar voltada para que o menor não se sinta culpado pelas consequências jurídicas desencadeadas pelo comportamento criminoso de sua mãe.

Conhecer sobre o transtorno e debater sobre ele é o melhor caminho para que a sociedade encontre soluções capazes de proteger os direitos do menor e propiciar o tratamento adequado à mãe portadora do transtorno psíquico. Que essa reflexão psicojurídica torne os casos de violência praticada mais conhecidos e debatidos, pois esses ocorrem devido ao

transtorno psíquico determinante, a Síndrome de Munchausen por procuração. Para que no futuro a comunidade acadêmica, tanto dos profissionais do direito quanto da saúde, tenha coletado informação necessária e assim busque melhores alternativas aos problemas deste trabalho.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Código Penal(1940). In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. ECA (1990). In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Lei 10.216/2001. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CORDEIRO, Quirino e LIMA, Mauro Gomes Aranha de. **Medida de segurança – uma questão de saúde e ética**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013.
- CORDIOLI. Aristides Volpato. et al. **Manual diagnóstico e estatístico de transtorno 5 (DSM-5)**. Porto Alegre: Artmed, 2014.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal. Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. Volume único, 2ª ed. Editora Juspodivm, 2014.
- FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERRÃO, Ana Carolina Fernandes, et al. Síndrome de Munchausen por Procuração: quando a mãe adoce o filho; **Com. Ciências Saúde**; Brasília- DF. n. 24(2); 2013.
- FIORELLI, José Osmir. MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.
- GRAZZINI, Maria Quiroga de. SABATINI, Ana González. “**Síndrome de Munchausen by proxy, como fenômeno vincular**” Disponível em: <http://www.alatinoamericananaf.com/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=147> Acesso em: 23/05/2016.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Volume 1 - Parte Geral Artigos 1º a 120 do Código Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Impetus, 2016.
- GUELLER, Adela Stoppel De. Falhas na operação transativista materna na síndrome de Munchausen por procuração. **Revista Latino- americana de Psicopatologia**. São Paulo, vol. 12, nº2, p. 276-284, jun. 2009.

GUELLER, Adela Stoppel De. Entre a Mãe ideal e a Medicina ideal: síndrome de Munchausen transferida, um transtorno factício. **Latin-American Journal of Fundamental Psychopathology on Line**, São Paulo, v. VI, n. 2, p. 56-68, abr. 2016.

HERNÁNDEZ, Natália Ruiz. OCAMPO, Margie Taborda. SIERRA, Carolina Carmona Sierra. **Aproximación Psicojurídica Del Síndrome de Munchausen Por Poder em Colômbia**, Universidade de San Buena Ventura Faculdade de Psicologia, 2010.

JUNIOR, João Paulo Roberti. Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. **Revista da Unifebe** (Online), Santa Catarina, n. 10. jan/jun2012.

MATOS, Mileny Matos de. **Protocolo de atenção integral a crianças e adolescentes vítimas de violência.** Disponível em: <www.tjdft.jus.br/cidadaos/infanciaejuventude/publicacoes/publicacoes1/protocoloatenintegr alcriancasadolescentesvitasviol.pdf>. Acesso em 2/11/15.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NUNES, Paula. RAMINHOS, Isabel. Maus-tratos infantis – a realidade de um Hospital Distrital! **Acta MedPort**; Portugal, n. 23(3), 2010.

PRUSSIANO, Vanessa Bonini. **Síndrome de Münchausen por procuração: implicações para o cuidado de enfermagem.** Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/24700>>. Acesso em: 28/04/2016.

ROSENBERG, Donna Andrea. **Síndrome de Munchausen por Poderes.** 2003. Journal: Child Abuse & Neglect - CHILD ABUSE NEGLECT, vol. 27, nº. 4.

SERAFIM, Natônio de Pádua. BARROS, Daniel Martins de. RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II.** 1 ed. São Paulo: Vetor, 2006.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZENONI, Alfredo. Quando o filho realiza o objeto (A respeito da chamada síndrome De Munchausen por procuração.) **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 8, n. 12, dez. 2002.