



# Dom Helder Revista de Direito

---

VOL. 1, N1, SET./DEZ. 2018

“Justiça, Estado e Cidadania  
nas Sociedades Contemporâneas”



Dom Helder  
EDITORA

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA**

**DOM HELDER REVISTA DE DIREITO**

**Vol. 1, n. 1, Set./Dez. 2018**

**Belo Horizonte**



## **ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA**

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

## **EDITORA DOM HELDER**

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Secretária Administrativa: Christiane Costa Assis

Endereço: R. Álvares Maciel, 628, B. Santa Efigênia, CEP: 30150-250 – Belo Horizonte-MG.

Tel.: (31) 2125-8800 - Ramal 8913.

Email: editorasecretaria@editoradomhelder.com.br

## **Ficha catalográfica**

Dom Helder Revista de Direito. Belo Horizonte: Editora Dom Helder, 2018.

v. 1, n. 1, Set./Dez. 2018. (Ed. Dom Helder)

1.Direito – periódicos, 2. Escola Superior Dom Helder Câmara – periódicos.

## **EXPEDIENTE**

### **DOM HELDER REVISTA DE DIREITO**

Editora Chefe: Beatriz Souza Costa

Editores Adjuntos:

Anacélia Santos Rocha

Franclim Jorge Sobral de Brito

Editora Assistente: Christiane Costa Assis

Periodicidade: quadrimestral

Versão Eletrônica:

<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/dhrevistadedireito/index>

Imagem da Capa: Patrícia Azevedo Melo/Dom Total

Escultor: Diego Rodrigues

### **CONSELHO EDITORIAL**

Profa. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara - Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil.

Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, RS), Brasil.

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP), Brasil.

Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa - Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil.

Profa. Dra. Liziane Paixão Oliveira - Universidade Tiradentes (Aracaju, SE), Brasil.

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago - Universidade de Marília (Marília, SP), Brasil.

Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado - Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE), Brasil.

Prof. Dr. Valmir Cesar Pozzetti - Universidade do Estado do Amazonas (Manaus, AM) e Universidade Federal do Amazonas (Manaus, AM), Brasil.

Prof. Dr. Wagner de Oliveira Rodrigues - Universidade Estadual de Santa Cruz (Ilhéus, BA), Brasil.

### **AVALIADORES - V.1 N.1 2018**

Kelly de Souza Barbosa - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo - RS), Brasil.

Liziane Paixão Oliveira - Universidade Tiradentes (Aracaju - SE), Brasil

Raphael Rodrigues Ferreira - Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte - MG), Brasil

Virgínia Totti Guimarães - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro - RJ), Brasil

José Adércio Leite Sampaio - Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte - MG), Brasil

Luís Henrique Bortolai - Centro Universitário UniMetrocamp (Campinas - SP), Brasil

Mariana Ribeiro Santiago - UNINOVE (São Paulo - SP), Brasil

Felipe Chiarello de Souza Pinto - Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo - SP), Brasil

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça - Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte - MG), Brasil

Adriane Medianeira Toaldo Universidade Luterana do Brasil (Santa Maria - RS), Brasil

Carlos Henrique Carvalho Amaral - Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte - MG), Brasil

Michel Wencland Reiss - Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte - MG), Brasil

Wagner de Oliveira Rodrigues - Universidade Estadual de Santa Cruz (Ilhéus, BA), Brasil

Raquel Cavalcanti Ramos Machado - Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE), Brasil

Marcelo Buzaglo Dantas - Universidade Católica de Santos (Santos - SP), Brasil

Valmir Cesar Pozzetti - Universidade Federal do Amazonas (Manaus - AM), Brasil

Renato Campos Andrade - Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte, MG), Brasil

Carlos Alberto Simões de Tomaz - Universidade Vila Velha (Vila Velha - ES), Brasil

Humberto Gomes Macedo - Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte, MG), Brasil



# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

### UNIÃO HOMOAFETIVA, BACKLASH E O ACORDO DE PAZ COM AS FARC

*Marina Cardoso Farias*

### AUTONOMIA MUNICIPAL NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: A Eficiência na Administração Tributária Municipal

*Albertiano Dias da Silva*

*Alex Dias da Silva*

### OS LIMITES DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

*Gustavo Ribeiro Rocha*

### DA PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DO PRESO

*Lícia Jocilene das Neves*

### A SOBERANA VIRTUDE DA CLEMÊNCIA PROCLAMADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI E SEUS CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS

*Edson Damas Silveira*

*Luiz Fernando Castanheira Mallet*

### PODER E MULTICULTURALISMO

*Carlos Alberto Simões de Tomaz*

### CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO, AGRICULTURA FAMILIAR E ASSENTAMENTOS RURAIS

*Virgínia Totti Guimarães*

*Juliana Chermont Pessoa Lopes*

*Paula Máximo de Barros Pinto*

### SANEAMENTO BÁSICO E PROTEÇÃO AMBIENTAL: ATENÇÃO PERMANENTE DO ESTADO NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

*Adriana Freitas Antunes Camatta*

### DOAÇÃO COMPARTILHADA DE OÓCITOS SOB OS ASPECTOS DO DIREITO E DA BIOÉTICA

*Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos*

*Débora Soares Couto*

### INSTRUÇÕES PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS NA REVISTA

## APRESENTAÇÃO

A Escola Superior Dom Helder Câmara, uma Escola de Excelência ligada aos Jesuítas, tem orgulho de apresentar o seu segundo Periódico em Direito: A “Dom Helder Revista de Direito”. Trata-se de uma Revista com publicação interdisciplinar em todas as áreas do Direito, proporcionando reflexões e abordagens jurídicas e filosóficas.

A Revista Dom Helder de Direito é lançada em momento muito especial para a Dom Helder, pois neste ano foi agraciada com a aprovação de seu Curso de Doutorado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, consagrando a Instituição como uma das melhores do Brasil.

A Dom Helder tem o compromisso de honrar a tradição de excelência e qualidade dos Jesuítas além da felicidade, em se vincular à vida e história de Dom Helder Câmara. Esta Escola Superior de Direito incorporou os ideais de um ensino que, além da formação técnica e científica, promove também uma formação humana, integral, ética, social e política, aliando ensino e prática. Por isso, a necessidade de uma revista que incorpore todas as disciplinas do Direito propiciando a todos, alunos e professores de Minas Gerais e de todo o Brasil a oportunidade de divulgar artigos e resenhas também de pesquisadores, além de outras universidades estrangeiras.

A linha editorial da Revista é “Justiça, Estado e Cidadania nas Sociedades Contemporâneas” que apresenta-se de forma eletrônica, de acesso gratuito e de periodicidade quadrimestral. Os trabalhos enviados devem ser inéditos, ou seja, não poderão ser publicados em outros periódicos.

Neste exemplar os textos apresentados promovem o diálogo interdisciplinar entre as disciplinas de Direito Civil, Direito Tributário, Direito Empresarial, Direito Penal, Direito Ambiental, Biodireito, entre outras, apresentando conexões entre os diversos campos do saber.

A Revista Dom Helder de Direito é um passo importante para a efetivação da pesquisa na Dom Helder. Esperamos que os textos publicados contribuam para a formação intelectual e a reflexão crítica dos nossos alunos, professores e demais leitores.

***Beatriz Souza Costa***  
**Editora-Chefe**

***Anacélia Santos Rocha***  
**Editora Adjunta**

***Franclim Jorge Sobral de Brito***  
**Editor Adjunto**

# UNIÃO HOMOAFETIVA, BACKLASH E O ACORDO DE PAZ COM AS FARC<sup>1</sup>

*SAME-SEX MARRIAGE, BACKLASH AND THE FARC PEACE DEAL*

*Marina Cardoso Farias<sup>2</sup>*

Artigo recebido em: 14/11/2018.

Artigo aprovado em: 17/12/2018.

**Resumo:** Em 2016, a Corte Constitucional colombiana reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A decisão culminou em um *backlash* da parcela mais conservadora da população, chegando a influenciar inclusive no plebiscito instaurado no país alguns meses depois acerca do acordo de paz entre o governo e as FARC. O objetivo do trabalho é o ligar as ideias de ativismo judicial, backlash e constitucionalismo democrático, se utilizando do método de procedimento de estudo de caso, com base no caso colombiano de 2016. Questiona-se se o *backlash* e suas consequências seriam uma manifestação dos problemas que envolvem o ativismo judicial, ou se seriam benéficos para a consolidação do constitucionalismo democrático. O que se conclui dessa análise é que o *backlash* a decisões polêmicas das cortes, inevitáveis num contexto de ativismo judicial, pode ter efeitos significativos na sociedade, como a influência no processo de paz colombiano. No entanto, o engajamento público, ainda que contrário, não deixa de ser um elemento importante na condução e legitimação do *judicial review*.

**Palavras-chave:** *backlash*, união homoafetiva, acordos de paz.

**Abstract:** In 2006, the Colombian Constitutional Court recognized the same-sex marriage. The decision culminated in a backlash from the most conservative portion of the population, even influencing in the referendum established in the country a few months later concerning the peace deal between the government and the FARC. The purpose of this paper is to connect the ideas of judicial activism, backlash and democratic constitutionalism, using the case study proceeding method, based on the Colombian case from 2016. The main question is whether the backlash and its consequences are a manifestation of the problems concerning judicial activism, or whether they would be beneficial to the consolidation of democratic constitutionalism. What this analysis permits to conclude is that the backlash to polemic decisions from courts, which are inevitable in a context of judicial activism, could have significant effects in society, such as the influence in the Colombian peace process. Nevertheless, the public engagement, even if contrary, is still an important element in the conduction and legitimation of the judicial review.

**Keywords:** backlash, same-sex marriage, peace deals.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba-PR, Brasil.  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba-PR, Brasil.

## 1 INTRODUÇÃO

A atuação judicial, apesar de servir em parte para efetivar direitos fundamentais onde os outros poderes não podem ou não querem fazê-lo, está sujeita aos reflexos de suas decisões na sociedade. Nesse contexto, se insere o conceito do *backlash*, entendido aqui como as objeções e resistências por parte da sociedade em relação à decisão de uma corte. O *backlash* pode ser visto de várias maneiras, dentre elas como uma ferramenta do constitucionalismo democrático e da efetivação da legitimidade democrática das cortes que emitem estes tipos de decisão. Vários exemplos práticos de *backlash* podem ser encontrados, especialmente diante de temas nos quais as pessoas possuem posições mais calorosas, como o aborto, a eutanásia e o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Dentre eles, um caso curioso é o *backlash* que se deu após a Corte Constitucional colombiana emitir uma decisão que reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A decisão, apesar de ser um passo bastante importante no reconhecimento dos direitos LGBTI, foi também alvo diversas objeções e resistências por parte da população mais conservadora.

Esse caso de *backlash* se destaca em razão do contexto no qual essas objeções e resistências se deram: o período de negociações do acordo de paz entre o governo colombiano e as FARC, depois de mais de meio século de conflitos no país. A tão elogiada iniciativa do acordo de incluir previsões que reconhecem a situação delicada das vítimas LGBTI no conflito, em conjunto com a decisão da Corte Constitucional do mesmo ano, culminou em uma forte campanha da parcela mais conservadora pela recusa do acordo no plebiscito que tomou parte no país em outubro de 2016.

Essa campanha, dentre as suas justificativas, tinha a suposta “imposição de ideologias de gênero” no acordo. Com uma pequena margem, o acordo foi rejeitado pela população, apesar da sua importância. Não se sabe até que ponto a decisão da Corte Constitucional do mesmo ano influenciou os chamados “setores do não”, mas existem indícios de que o *backlash* à decisão tenha sido um fator importante.

O caso nos impõe a seguinte questão: seria o *backlash* e suas consequências uma manifestação dos problemas que envolvem o ativismo judicial ou seria no fundo apenas um mecanismo de consolidação do constitucionalismo democrático, apesar de suas consequências?

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo ligar as ideias de ativismo judicial, *backlash* e constitucionalismo democrático, se utilizando do caso colombiano como exemplo (e, portanto, se utilizando de um método de procedimento de estudo de caso). A partir disso, espera-se que o papel do *backlash* em um contexto de ativismo judicial e constitucionalismo democrático fique mais claro.

Dessa maneira, a primeira parte se destina a ligar o ativismo judicial com o conceito do *backlash*. Entendidos esses conceitos, passa-se à análise do caso da Colômbia no ano de 2016, entendendo primeiro a decisão da Corte Constitucional, depois o histórico conflito com as FARC e o plebiscito de 2016 e, por

último, de que maneira esses dois eventos estão relacionados. Para finalizar, apresenta-se o conceito de constitucionalismo democrático e a importância do *backlash* para sua consolidação.

## **2 O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E O FENÔMENO DO BACKLASH**

A promulgação da Constituição de 1991 da Colômbia trouxe um papel ainda maior para o Poder Judiciário do país. Não apenas a Suprema Corte colombiana assumiu novos papéis e responsabilidades, mas também uma nova Corte Constitucional foi criada para decidir acerca de controvérsias de Direito Constitucional (NAGLE, 1995, p. 59).

Cabe ressaltar que a Colômbia adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, adotando elementos do modelo difuso e do modelo concentrado, mas a opção do constituinte de 1991 de adotar uma Corte Constitucional fortaleceu de forma significativa a dimensão concentrada do sistema de controle de constitucionalidade do país (SILVA, 2014, p. 190).

A atribuição do papel de guardião da Constituição à Corte Constitucional, somada ao caráter extenso do texto constitucional (que na sua primeira versão contava com 380 artigos), dão à Corte Constitucional uma jurisdição bastante extensa materialmente. Isso significa que o poder judiciário no país se tornou um ator-chave em toda decisão pública relevante.

O país segue uma onda que Perry identifica entre democracias desde a Segunda Guerra Mundial, onde se empodera o poder judiciário para reforçar normas constitucionais, em especial aquelas em matéria de direitos humanos (PERRY, 2003, p. 636). Para Perry, as democracias liberais se constituem justamente pela inviolabilidade dos seres humanos e por certos direitos básicos (aqui entendidos como direitos humanos).

Nesse contexto, cortes politicamente independentes possuem poderes para proteger direitos humanos - tanto aqueles direitos explícitos na constituição quanto os indeterminados (PERRY, 2003, p. 636). Mesmo a Colômbia disponha de constituição analítica, não seria possível que todos os direitos ou todos os possíveis conflitos fossem todos positivados em 1991, de forma que é normal que a Corte Constitucional tenha que se pronunciar sobre diversos assuntos.

Essas cortes também adotam um sistema de finalismo judicial, no qual a última palavra acerca da Constituição cabe ao judiciário (PERRY, 2003, p. 869). No caso da Colômbia, não apenas o artigo 241 da Constituição confere a guarda da Carta Magna à Corte Constitucional como também estabelece no seu artigo 243 que as decisões da Corte terão o *status* de coisa julgada constitucional. Existe, então, uma transferência de poder das instituições representativas a órgãos judiciais, no qual o judiciário se torna o plano de resolução de questões moral, social e politicamente relevantes (ARAÚJO e KOZICKI, 2015, p. 115).

O problema se apresentaria justamente em razão do conflito de posições entre o judiciário e o legislativo/executivo, que seria a representação da vontade da maioria prevaiente do povo. Segundo Bickel, “quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou a ação de um agente eleito do executivo, ela frustra a vontade dos representantes das reais pessoas do aqui e agora” (BICKEL, 1962, p. 16).

Não obstante, a existência de um judiciário ativo faz também parte de uma democracia, uma vez que ainda que determinada decisão das Cortes seja contra a vontade da maioria de um determinado momento, a mesma serve para garantir e efetivar direitos fundamentais. Barroso explica que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais e que, em muitas situações, não há sequer confronto, apenas a ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2012, p. 10).

No caso da Colômbia, sua Corte Constitucional passou a ser um órgão vanguardista no país desde a sua criação em 1991 (SILVA, 2014, P. 190), proporcionando um avanço significativo no pensamento constitucional colombiano. Todavia, as decisões da Corte Constitucional colombiana, assim como as decisões de outras Cortes que decidem a respeito de valores e questões heterogêneas em uma sociedade, estão sujeitas a reações sociais e/ou institucionais. Essas reações fazem parte do fenômeno denominado *backlash*.

Robert Post e Reva Siegel introduzem o fenômeno a partir da definição fornecida pelo *Oxford English Dictionary*, sendo o *backlash* “a reação dissonante ou revidando de uma roda ou conjunto de rodas conectadas na peça de um mecanismo, quando o movimento não é uniforme ou quando uma pressão súbita é aplicada” (POST e SIEGEL, 2007, p. 16).

Explicam que o termo logo se tornou associado a reações indesejadas e efeitos contra produtivos e que, no âmbito do Direito Constitucional, trata-se das objeções e resistência de parte da sociedade a respeito de interpretações da Constituição realizadas pelo judiciário. Para Post e Siegel, é um termo que expressa o desejo das pessoas de influenciar o conteúdo das suas Constituições, ao mesmo tempo em que ameaça a independência da lei.

Esse mesmo fenômeno se observa no contexto colombiano. A Corte Constitucional da Colômbia já se posicionou de maneira vanguardista acerca de diversos assuntos, que vão desde a eutanásia até o casamento de pessoas do mesmo sexo. São justamente decisões que tratam de questões tão polêmicas que provocam maior resistência popular, por se tratarem de questões pelas quais a sociedade é a favor ou contra de maneira passional.

Entendido o conceito de *backlash* e sua ligação com o ativismo judicial, cabe analisar esse mesmo efeito na prática, a partir da decisão de 2016 da Corte Constitucional colombiana acerca da união

homoafetiva, bem como os reflexos do seu *backlash* no plebiscito do mesmo ano que rejeitou os acordos de paz entre o Governo e as FARC.

### **3 A DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE UNIÃO HOMOAFERIVA E OS ACORDOS DE PAZ COM AS FARC**

A decisão da Corte Constitucional Colombiana na Sentença SU-214, de 8 de abril de 2016, que reconheceu o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, repercutiu em diversos segmentos da população, sendo um *backlash* esperado, principalmente em razão da matéria de decisão.

No entanto, o que não se esperava era que o *backlash* à decisão, que reconheceu importantes direitos da população LGBTI, influenciasse inclusive no processo de paz de um conflito de 52 anos entre o governo colombiano e as FARC.

A maneira como esses dois eventos se relacionam, num primeiro momento, parece confusa. Por essa razão, cabe primeiramente expor acerca do contexto no qual a Corte Constitucional colombiana decidiu acerca da união homoafetiva, explicar a natureza dos conflitos entre o governo e as FARC e o contexto do plebiscito de 2016, para então demonstrar de que maneira ambos estão conectados.

#### **3.1 A decisão da Corte Constitucional Colombiana sobre união homoafetiva**

A Corte Constitucional colombiana, antes de expedir a Sentença SU-214, que reconheceu o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, já havia tomado importantes passos para os direitos LGBTI. Nesse sentido, explica Ripoll que “*embora a própria Constituição não mencione os direitos dos homossexuais, a Corte, em uma série de sentenças liberais, estendeu os direitos à igualdade e à dignidade humana para incluir a proteção contra a discriminação por orientação sexual.*”. (RIPOLL, 2009, p. 81)

A Constituição colombiana prevê, dentro do rol de atribuições da Corte Constitucional, um modelo de controle de constitucionalidade chamado Ação Pública de Constitucionalidade, de iniciativa popular (SILVA, 2014, p. 191). Organizações de direitos LGBTI se utilizaram muito desse processo ao longo dos anos, utilizando os princípios da igualdade e desenvolvimento pessoal previstos na Constituição para reivindicar direitos (PIATTI-CROCKER e PIERCESON, 2017, p.6).

Como exemplos, em 1997 a Corte decidiu (Decisión C-481/98) que a discriminação com base na orientação sexual era contrária à Constituição e que a orientação sexual era uma identidade legítima. Entre 2007 e 2011, a Corte decidiu diversos casos envolvendo casais homossexuais em união estável, equiparando aos poucos seus direitos com os de casais heterossexuais (EL TIEMPO, 2009).

Ao mesmo tempo em que o judiciário se fazia mais atuante em questões referentes a direitos LGBTI, o mesmo não poderia ser dito do poder legislativo. Algumas propostas de lei, como uma legislação que procurava oferecer direitos a casais homossexuais apresentada em 2003, não foram aprovadas no Congresso (PIATTI-CROCKER e PIERCESON, 2017, p.7). Da mesma maneira, propostas legislativas de aprovar uma legislação reconhecendo a união-civil entre pessoas do mesmo sexo foram recusadas em 2007 (RIPOLL, 2009, p.84).

Além disso, Ripoll aponta que a própria população colombiana apresentava ao mesmo tempo uma grande resistência à população LGBTI, inclusive com diversos episódios de discriminação que iam desde discriminações cotidianas até uma efetiva violência por parte dos agentes estatais<sup>3</sup>.

Independentemente da resistência encontrada em outros setores da sociedade colombiana, a Corte Constitucional continuou a emitir decisões favoráveis para as minorias de orientação sexual e identidade de gênero diversa. Finalmente, em novembro de 2015, a Corte Constitucional decidiu pela paridade nos direitos de adoção por casais homossexuais (MARCOS, 2015) e, em 8 de abril de 2016, pronunciou a sentença SU-214/16, a qual aprovou o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo (PALOMINO, 2016).

A decisão de 2016 declara que o artigo 42 da Constituição colombiana, que estabelecia que o matrimônio “surge do vínculo entre um homem e uma mulher”, não deveria ser interpretado de forma isolada, estabelecendo que:

Embora o artigo 42 da Constituição estabeleça, de maneira expressa, que o matrimônio surge do vínculo entre um homem e uma mulher, desta descrição normativa mediante a qual se consagra um direito a favor das pessoas heterossexuais, não se segue que exista uma proibição para que outras o exerçam em igualdade de condições. Instituir que os homens e as mulheres podem casar entre si, não implica que a Constituição exclua a possibilidade de que este vínculo se celebre entre mulheres ou entre homens também. [...] O artigo 42 Superior não pode ser entendido de forma isolada, mas em perfeita harmonia com os princípios da dignidade humana, a liberdade individual e a igualdade (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, 2016).

A sentença faz parte de um processo que se iniciou em 2011, quando a mesma Corte reconheceu que casais homossexuais constituem uma família e determinou que o Congresso deveria regularizar o casamento de pessoas do mesmo sexo. No entanto, os parlamentares continuaram a arquivar os projetos que eram apresentados sobre o tema, o que levou à decisão de 2016.

### **3.2 Os acordos de paz com as FARC**

Entendido a Sentença SU-214/16, cabe entender o contexto na qual ela foi proferida, ou seja, diante do processo de negociação dos acordos de paz entre o governo colombiano e as FARC. O processo de paz

<sup>3</sup> O país inclusive chegou a fazer parte de uma audiência especial perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2009 sobre isso.

na Colômbia e os acordos de paz se ligam a um conflito com mais de 50 anos de duração. Pode se dizer que o conflito se iniciou ainda no século XIX, a partir de tensões entre partidários liberais e conservadores. O confronto teria se agravado após o assassinato do candidato liberal Jorge Eliecer Gaitan, dando início a uma onda de violência com mais de 200.000 vítimas, a qual durou até o fim dos anos 50 (COSOY, 2016).

Parte dos homens que lutaram nesse período, conhecido como “A Violência”, passaram a se organizar em guerrilhas, dentre elas as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) (BEJARANO, 2003, p. 223).

É interessante destacar que a origem do conflito envolvendo as FARC, ao contrário de tantos outros, não possui raízes étnicas ou religiosas. As origens dos grupos que fizeram parte do conflito estão boa parte nos problemas estruturais, políticos e econômicos do Estado colombiano, além de surgirem como resposta de grupos de viés socialista e comunista às influências dos EUA no país, sendo que os grupos se apoiavam em ideais bolivarianos de auto sustentabilidade e independência frente a intervenções externas (RIBAS, CARVALHO e RAMINA, 2017, p. 276).

Apesar da existência de outros grupos, as FARC se tornaram o maior destes no país, se tornando a maior ameaça para o Estado colombiano e o fator mais importante para o conflito interno do país. Estima-se que a violência interna no país tenha resultado em mais de 5.7 milhões de deslocamentos forçados e gerado a segunda maior população de deslocados internos no mundo (IDMC, 2014).

O governo colombiano passou por diversas tentativas frustradas de conciliação, notadamente em 1982, 1984 e entre 1997 e 2002, mas não foi até 2012 que o país deu início ao seu processo de paz, ano em que foram retomados os diálogos de paz entre o governo colombiano e as FARC (RIBAS, CARVALHO e RAMINA, 2017, p. 227-228).

Em agosto de 2016, quatro anos depois, foi publicado o “Acordo Final para a Terminação do Conflito e a Construção de uma Paz Estável e Duradora”. O acordo foi objeto de um plebiscito em outubro do mesmo ano, mas foi rejeitado com 50,2% dos votos. A decisão prejudicou a aplicação dos pontos objetos de negociação, que colocariam fim ao meio século de conflito armado no país (LAFUENTE, 2016).

A opção pelo “não” à pergunta que o governo utilizou em seu plebiscito em outubro: “*você apoia o acordo final para a finalização do conflito e a construção de uma paz estável e duradoura?*” obrigou o governo colombiano a retomar as negociações e a concordar com um novo texto para o acordo de paz, o qual foi assinado em 24 de novembro do mesmo ano.

É de extrema complexidade o conflito que durou 52 anos na Colômbia, ou as razões que levaram os eleitores colombianos a recusar o acordo de paz negociado ao longo de 4 anos, mas parte da doutrina aponta como razões pela vitória do “não” por tamanha pequena margem previsões como a anistia, questões sensíveis ao gênero e previsões envolvendo os direitos dos membros das FARC LGBTI. É a essa última justificativa que procuramos entender.

### 3.3 O *backlash* da decisão da Corte Constitucional e seus reflexos no plebiscito de 2016

Ainda que não tenha sido a razão principal da opção pelo “não” no plebiscito colombiano de 2016 referente ao acordo de paz entre o governo e as FARC, questões de gênero e concernentes às minorias LGBTI podem ter sido um fator importante na vitória apertada do “não”, sendo muito difícil dissociar as decisões da Corte Constitucional, que ocorreram apenas alguns meses antes, dos acordos de paz.

Céspedes-Báez aponta que, algumas horas após o “não” sair como maioria nas urnas, o Senador e ex-presidente Álvaro Uribe Vélez deu um discurso clamando pelo reforço dos valores familiares religiosos, refletindo um argumento bastante comum daqueles últimos meses, de que o conteúdo do acordo de paz desmantelava valores morais tradicionais, como a diferença biológica entre homens e mulheres, a importância da família heterossexual e o papel da religião na vida pública (CÉSPEDES-BAEZ, 2016, p. 183).

Essa ligação entre os acordos de paz e o fim dos valores tradicionais se dá principalmente em razão do fato de que o processo de paz na Colômbia foi o primeiro a incluir grupos LGBTI. O acordo reconheceu que o conflito histórico afetava de maneira diferente homens, mulheres e a população LGBTI (RONDÓN, 2017, p. 139-140), sendo que estes últimos sentiriam em proporções maiores os efeitos do conflito.

Esse cuidado com a inclusão dos direitos das minorias LGBTI se deu ainda na fase de negociação do acordo. Apesar de não ser inicialmente parte das negociações, uma subcomissão de gênero foi criada e propôs uma visão voltada ao gênero no acordo final. Inicialmente voltada apenas para as mulheres, a subcomissão também passou a incluir as minorias LGBTI nas discussões do acordo (CÉSPEDES-BAEZ, 2016, p. 186).

Uma das principais estratégias usadas por aqueles que promoviam a rejeição do acordo envolveu uma campanha, que circulou por diversos meios (principalmente redes sociais) segundo a qual o acordo seria contra a família, promoveria o aborto e traria uma série de medidas contra as “leis naturais ou divinas” do gênero e sexo. Essa campanha focava principalmente na ideia de que o acordo entre o governo colombiano e as FARC-EP promovia a chamada “ideologia de gênero”.

Nota-se que o acordo não contava com a expressão “ideologia de gênero” em nenhuma linha, mas falava em “enfoque de gênero”, “identidade de gênero”, “valores não sexistas” e “população LGBT”, o que despertou uma reação do setor conservador da comunidade colombiana (HAGEN, 2018).

Parte da campanha ativa contra o acordo de paz e envolvendo o ativismo contra os avanços recentes dos direitos LGBTI envolvem: 1) a declaração de um pastor de Bogotá, Marco Fidel Ramírez, alegando que os arquitetos do acordo planejavam usar o acordo para avançar o casamento de pessoas do mesmo sexo, alegando que “uma família na Colômbia consiste em um homem e uma mulher” (CASEY, 2016); 2)

passeatas contra o acordo, nas quais os manifestantes alegavam que as FARC também “negociavam a destruição da família” (MUELLE, 2017, p. 188); 3) um post viral no Facebook no qual se lia: “Colômbia está em perigo! De cair sob o controle de uma ditadura comunista com a passagem iminente de uma ideologia de gênero.” (GIRALDO, 2017); e 4) uma mensagem que circulou amplamente pelo WhatsApp alegando que um dos artigos do acordo de paz exigia “o estabelecimento da ideologia de gênero na Constituição” (GIRALDO, 2017).

Por essa razão, grande parte da negociação dos chamados “setores do não” se centrou em eliminar dos acordos a chamada “ideologia de gênero”, indo contra o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia fariam parte do conflito histórico. Depois da vitória do “não”, grupos religiosos teriam demandado ao governo colombiano que incorporasse uma definição heterossexual de família no acordo, dando participação às igrejas na sua implementação e se abstendo de falar em identidades de gênero e orientações sexuais diversas no contexto do conflito armado (MUELLE, 2017, p. 191).

Esse debate, que influenciou a rejeição da proposta de acordo, é um exemplo de ativismo conservador, que por sua vez é uma resposta à decisão da Corte Constitucional que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo apenas alguns meses antes. Marcela Sanchez, diretora da ONG Colombia Diversa, uma das mais atuantes pelos direitos LGBTI do país, lamentou ao NYTs que “*é triste neste país que existam pessoas que têm mais medo da homossexualidade do que da guerra*” (CASEY, 2016).

#### **4 O BACKLASH COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO**

Conforme foi possível perceber, a posição da Corte Constitucional da Colômbia ao reconhecer o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, assim como as decisões anteriores que avançavam em questões importantes para a comunidade LGBTI que não eram contempladas no legislativo, gerou uma negação negativa em um setor considerável da população. Essa reação negativa à matéria da decisão (direitos LGBTI), se tornou uma pauta importante dos chamados “setores do não”, que decidiram por uma pequena margem o plebiscito acerca do acordo de paz.

O *backlash* visto no caso colombiano, além de uma mera objeção e resistência por parte da sociedade, se tornou um verdadeiro ativismo conservador, influenciando um dos plebiscitos mais importantes da história do país, que decidiria acerca de um acordo de paz que colocava fim a um conflito de 52 anos.

Em razão dessas reações populares, questionava-se se a reação contra decisões reconhecendo os direitos de casais do mesmo sexo não demonstraria a impotência do judiciário de reivindicar direitos das minorias (SIEGEL, 2017, p. 1735). Siegel argumenta que decisões judiciais reconhecendo o direito de

matrimônio levavam ao *backlash*, promovendo ataques às Cortes assim como decisões envolvendo segregação racial, pena de morte ou a criminalização do aborto.

O fenômeno do *Backlash* e as suas repercussões fizeram com que muitos progressistas se perguntassem se não seria o caso de rever o ativismo judicial, seja devolvendo as constituições ao povo, ou através do cuidado e do minimalismo nas decisões. A posição decorre do medo de que um judiciário assertivo possa gerar um *backlash* político e cultural que prejudique mais do que ajude valores progressistas (POST e SIEGEL, 2007, p. 16). Os doutrinadores centrados no judiciário acabam por enxergar o *backlash* como um impedimento aos esforços judiciais de dar uma forma legal aos ideais constitucional, além de uma ameaça à autoridade judicial e à legitimidade das Cortes.

Sunstein, por exemplo, reconhece que algumas decisões judiciais podem provocar represália pública, dando inclusive o exemplo de casamentos do mesmo sexo (SUNSTEIN, 2007, p. 2). Sunstein também defende o minimalismo judicial, sustentando uma decisão mais restrita, ao invés de decisões amplas que podem gerar arrependimento ou questões de princípios básicos.

No entanto, Post e Siegel oferecem outra alternativa, uma visão através da qual o *backlash*, ou a ausência de concordância interpretativa, é uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional (POST e SIEGEL, 2007, p. 2). Essa alternativa, chamada pelos autores de “constitucionalismo democrático”, parte da premissa de que a autoridade de uma constituição depende da sua legitimidade democrática, da habilidade dos cidadãos de perceber uma Constituição como a *sua* Constituição.

O constitucionalismo democrático também se diferencia do constitucionalismo popular. Ao contrário do constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das cortes para devolver ao povo. Ao contrário, reconhece o importante papel desempenhado pelas cortes, mas também reconhece o papel essencial que o engajamento público tem na condução e legitimação das instituições e práticas do *judicial review* (POST e SIEGEL, 2007, p. 7).

Apesar de ser a posição que soa mais coerente a respeito do fenômeno do *backlash*, questiona-se até que ponto esse processo é saudável quando envolve questões delicadas como direitos de minorias e acordos de paz.

Nesse sentido, Post e Siegel explicam que o constitucionalismo democrático pode ser entendido como uma das várias formas de contestação da norma através da qual o povo procura influenciar o conteúdo da Constituição e que, eventualmente, podem ser bem-sucedidas, uma vez que o direito constitucional é plenamente suscetível à influência política (POST e SIEGEL, 2007, p. 11). Ou seja, o *backlash* seria uma maneira de devolver as constituições ao povo, de maneira que eles a reconheçam enquanto sua.

## 5 CONCLUSÃO

Passando pelos conceitos de ativismo judicial, *backlash* e constitucionalismo democrático, nota-se que é normal que, em países com um judiciário que se posiciona acerca de assuntos cujas posições são bastante divididas em uma população, uma oposição ou represália à decisão é bastante comum.

O *backlash* não precisa necessariamente ser visto como uma ameaça às cortes, nem como uma justificativa para que essas deixem de lado seu ativismo com receio da reação popular, como o caso colombiano poderia indicar.

Ao contrário, o *backlash* pode ser um mecanismo importante do chamado “constitucionalismo democrático”, através do qual, ao se opor aos pronunciamentos da Corte, a população participa cada vez mais do processo constitucional e volta a reconhecer a Constituição enquanto algo seu, se identificando nela.

No caso colombiano, conforme analisado, o *backlash* à decisão da Corte Constitucional foi além de uma mera oposição da parte conservadora da população, influenciando inclusive no processo de paz entre o governo colombiano e as FARC.

O caso analisado representa um efeito bastante interessante do *backlash* e poderia colocar em xeque a teoria do constitucionalismo democrático, uma vez que demonstra um exemplo de reação adversa à Corte Constitucional extremamente perigoso, influenciando questões muito maiores que aquela decidida pela Corte.

No entanto, conforme também apontado, a decisão da Corte não foi ameaçada em nenhum momento, nem houve nenhum retrocesso nos direitos que foram garantidos judicialmente às populações LGBTI pela Corte nos últimos anos. Quanto ao processo de paz, ainda que sem o nível de apoio popular esperado, o governo ainda foi capaz de assinar uma segunda versão do acordo meses depois, dando início ao processo de paz.

Mesmo num caso tão dramático, a ideia de constitucionalismo democrático se faz presente no sentido em que se colocou em debate questões referentes aos direitos LGBTI que vão muito além do matrimônio e da adoção em igualdade de condições, se estendendo a discussão inclusive às condições de pessoas LGBTI em conflitos armados.

Muito além de garantir e efetivar direitos fundamentais de minorias, a Corte Constitucional acabou por exercer também o papel de lançar um espaço de diálogo (ainda que esquentado) entre diversos segmentos da população do país.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Eduardo Borges; KOZICKI, Katya. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**. Florianópolis, v. 36, n° 71, 2015, p. 107-131.
- BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <https://bit.ly/2M0f5IU>. Acesso em: 18/07/2018.
- BEJARANO, A. M. Protracted conflict, multiple protagonists and staggered negotiations: Colombia, 1998-2002. **Canadian journal of Latin American and Caribbean Studies**. Canadá, v. 28, n. 55/56, p. 223, 2003.
- BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven and London: Yale University Press, 1962.
- CASEY, Nicholas. Colombian Opposition to Peace Deal Feeds Off Gay Rights Backlash. **The New York Times**. 08/out 2016. Disponível em: <https://nyti.ms/2xRArr2>. Acesso em: 24/07/2018.
- CÉSPEDES-BÁEZ, Lina M. **Gender Panic and the Failure of a Peace Agreement**. Symposium on the Colombian Peace Talks and International Law, 2016.
- COLÔMBIA. **Constituição Política da Colômbia**.
- COLÔMBIA, Corte Constitucional. **Sentencia SU214/16**.
- COSOY, Natalio. Como a guerra entre o governo da Colômbia e as Farc começou e por que ela durou mais de 50 anos. **BBC Brasil**. Bogotá. 24 de agosto de 2016. Disponível em: <https://bbc.in/2M0EDQ7>. Acesso em: 23/07/2018.
- EL TIEMPO. **42 Disposiciones Modificó la Corte Constitucional para Amparar Derechos de las Parejas Gay**. Disponível em: <https://bit.ly/2LXrgQK>. Acesso em 18/07/2018.
- GIRALDO, Isis. The ‘Gender Ideology’ Menace and the Rejection of the Peace Agreement in Colombia. **Discover Society**, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2vG1B6u>. Acesso em: 24/07/2018.
- HAGEN, Jamie J. **Did Sexual Orientation and Gender Identity Play a Role in the Rejection of the Colombian Peace Deal?** Disponível em: <https://bit.ly/2voT6Li>. Acesso em: 24/07/2018.
- INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE (IDMC). **2014 Global Report**. Disponível em: <https://bit.ly/1jsoGXV>. Acesso em: 18/07/2018.
- LAFUENTE, Javier. Colômbia diz ‘não’ ao acordo de paz com as FARC. **El País**. Bogotá, 3 de outubro de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2LYtQ94>. Acesso em: 23/07/2018.
- MARCOS, Ana. Colombia Approves Full Adoption Rights for Same-sex Couples. **El País**. 5 de novembro de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2MqIL89>. Acesso em: 23/07/2018.
- MUELLE, Camila Esguerra. Cómo Hacer Necropolíticas en Casa: Ideología de Género y Acuerdos de Paz en Colombia. **Revista Latinoamericana: Sexualidad, Salud y Sociedad**. Rio de Janeiro, n° 27, p. 172-198, 2017.

NAGLE, Luz Estella. Evolution of the Colombian Judiciary and the Constitutional Court. **Indiana International and Comparative Law Review**. Indianápolis, vol. 6 nº1, p. 59-90, 1995.

PALOMINO, Sally. La Corte Constitucional de Colombia Avala el Matrimonio Igualitario. **El País**. 8 de abril de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2M1DTtK>. Acesso em 23/07/2018.

PERRY, Michael J., Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts? **Wake Forest Law Review**. Winston-Salem: vol. 38, p. 635-696, 2003.

PIATTI-CROCKER, Adriana; PIERCESON, Jason. **Unpacking the Backlash to Marriage Equality in Latin America**. Law and Society Assn. Annual Meeting. Cidade do México. 2017

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. Boston, Yale Law School, Public Law Working Paper nº 131, 2007.

RIBAS, Ana Carolina; CARVALHO, Ana Paula Luciani de; RAMINA, Larissa. Processo de paz na Colômbia: uma análise à luz do Direito Internacional Humanitário. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, v. 62, n. 1, p. 273 – 298, 2017.

RIPOLL, Julieta Lemaitre. O Amor em Tempos de Cólera: Direitos LGBT na Colômbia. **Revista Sur**. São Paulo, v.6, nº 11, p. 79-97, 2009.

RONDÓN, Manuel Alejandro Rodríguez. La Ideología de Género Como Exceso: Pánico Moral y Decisión Ética en la Política Colombiana. **Revista Latinoamericana: Sexualidad, Salud y Sociedad**. Rio de Janeiro, nº 27, p. 128-148, 2017.

SIEGEL, REVA. Community in Conflict: Same-Sex Marriage and Backlash. **UCLA Law Review**. Los Angeles, vol. 64, p. 1728-1769, 2017.

SILVA, Paulo Maycon Costa. **Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional**. Disponível em: <https://bit.ly/2KyMy1l>. Acesso em: 18/07/2018.

SUNSTEIN, Cass R. **If People Would be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?** Public Law and Legal Theory Working Paper nº 151, 2007

# AUTONOMIA MUNICIPAL NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: A Eficiência na Administração Tributária Municipal

*MUNICIPAL AUTONOMY IN BRAZILIAN TAX FEDERALISM:  
Efficiency in Municipal tax Administration*

*Albertiano Dias da Silva<sup>4</sup>  
Alex Dias da Silva<sup>5</sup>*

Artigo recebido em: 14/11/2018.

Artigo aprovado em: 05/12/2018.

**Resumo:** O objetivo deste artigo científico é analisar as principais características e arranjos da administração tributária dos Municípios brasileiros com a finalidade de buscar um modelo de eficiência para a concretização do princípio constitucional da autonomia dos entes federativos, sobretudo a autonomia municipal. Com a Constituição Federal de 1988 surgiu uma nova ordem jurídica que ocasionou, entre outras, a descentralização dos serviços públicos entre os entes federativos, sobretudo aumentando as atribuições de competências municipais. Abordaremos a função do Município no federalismo fiscal e as formas de efetivar o princípio da autonomia e autossuficiência. Estudaremos os principais tributos da competência constitucional tributária dos Municípios: ISS, IPTU, ITBI, taxas, contribuições de melhoria, contribuições de iluminação pública e etc. Destacaremos a importância das transferências e repasses intergovernamentais, sobretudo provenientes das esferas federal e estaduais. Conheceremos a forma de gerir o orçamento público, com o modelo de gerenciamento das receitas e despesas pelos instrumentos da legislação vigente. Verificaremos a estrutura e o *modus operandi* da administração tributária municipal ao fiscalizar e arrecadar, identificando as principais deficiências e desafios. E finalmente, quando da conclusão do estudo indicaremos as potenciais soluções para uma melhor eficiência na administração tributária visando a tornar mais efetiva a autonomia municipal no federalismo fiscal brasileiro.

**Palavras-chave:** Princípio da Autonomia. Administração Tributária. Municípios.

**Abstract:** The purpose of this article is to analyze the main characteristics and arrangements of the tax administration of the Brazilian Municipalities with the purpose of seeking an efficiency model for the realization of the constitutional principle of the autonomy of federative entities, especially municipal autonomy. With the Federal Constitution of 1988 a new legal order arose that caused, among others, the decentralization of public services between federative entities, above all increasing the attributions of municipal competences. We will address the role of the Municipality in fiscal federalism and the ways of implementing the principle of autonomy and self-sufficiency. We will study the main tributes of the constitutional tax jurisdiction of the Municipalities: ISS, IPTU, ITBI, rates, improvement contributions, public lighting contributions and etc. We will highlight the importance of intergovernmental transfers and transfers, especially from the federal and state levels. We will know how to manage the public budget, with the model of revenue and expenditure management by the instruments of the current legislation. We will

<sup>4</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), especialista em Direito Tributário pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP) e em Gestão Pública (UEPB). Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR).

<sup>5</sup> Professor Efetivo do Instituto Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Engenharia Civil e Ambiental (UFPB). Bacharel em Direito pela Associação Paraibana de Ensino Renovado (ASPER).

verify the structure and the *modus operandi* of the municipal tax administration when inspecting and collecting, identifying the main deficiencies and challenges. And finally, at the conclusion of the study, we will indicate the potential solutions for a better tax administration efficiency in order to make municipal autonomy more effective in Brazilian fiscal federalism.

**Keywords:** *Principle of Autonomy. Tax administration. Counties.*

## 1 INTRODUÇÃO

Na República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica e estabeleceu entre os entes federativos estatais uma divisão de competências e atribuições. A descentralização dos serviços públicos ocasionou uma maior importância e participação dos Municípios na realização do bem comum e na implementação de políticas públicas. O cumprimento das novas demandas causou a necessidade de financiamento, o que veio acompanhado do crescimento das despesas. Importante lembrar que para a imensa maioria dos pequenos Municípios brasileiros existem grandes dificuldades na aferição de receita tributária suficiente que venha a suprir essas despesas, mesmo que haja fontes legais próprias de custeio. Esses pequenos Municípios, se analisarmos a fundo, dependem quase que exclusivamente de repasses e transferências intergovernamentais. Para efetivar a autonomia municipal e o federalismo exigem-se esforços de tais Municípios brasileiros no sentido de aumentar de veras a arrecadação tributária, buscando assim sua autossuficiência em face dos deveres do federalismo republicano.

Com a finalidade de extinguir esses problemas foi iniciado na década de 90, o debate sobre a reforma tributária objetivando que os Municípios se tornem autossuficientes ou pelo menos, amenizar a dependência das transferências intergovernamentais. No entanto, a eficiência da arrecadação municipal enfrenta alguns desafios como: falta de capacitação e conhecimento da realidade tributária municipal; o pessimismo e desinteresse quanto à possibilidade de promover a auto-sustentabilidade, e por último, a necessidade de um sistema de informações precisas e atualizadas que auxiliem a administração tributária a desempenhar melhor as suas atribuições de arrecadação e fiscalização.

A Constituição Federal em vigor, além de distribuir atribuições aos entes federativos, também definiu, precipuamente aos Municípios, instrumentos de arrecadação própria através dos tributos de sua competência e no que se compreende aponta também para a necessidade de investimentos dos edis na máquina fazendária. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000) foi um dos instrumentos legislativos que vieram também para ampliar a necessidade de gestão fiscal ao estabelecer parâmetros para que não se gaste mais do que se arrecada. A LRF impôs também restrições às despesas públicas e estimulou os governos dos entes federativos a utilizarem melhor suas bases de tributação com maior eficiência da administração tributária municipal.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, documental e o levantamento de dados. Usou-se uma abordagem explicativa, descritiva e demonstrativa de vários aspectos da tributação. Com base em conceitos e ideias de renomados autores que relacionam o tema, bem como de doutrinadores do Direito Constitucional, Tributário e Administrativo.

Com base no que foi exposto, o objetivo principal do trabalho é analisar o modelo de federalismo e tributação adotados no Brasil, as exações de competência municipal e o sistema de transferências intergovernamentais. As receitas municipais serão estudadas em relação à sua composição e à sua evolução.

## **2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FEDERALISMO FISCAL**

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º diz que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Da leitura do dispositivo constitucional decorre que nosso país é uma democracia fundada no alicerce da ordem jurídica e que adotou como tipo de governo a república e como forma de estado o federalismo.

Segundo CARRAZA (2013, p.66), “República é o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político o exercem em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade”.

O fato de o Brasil ser uma República, onde impera a igualdade formal, denota que os mandatários eleitos exercem o poder de forma que direitos e deveres devem ser iguais para todos os cidadãos, e quanto à tributação com benefícios e encargos também isonômicos. Todos devem sujeitar-se a tributação (com ressalvas quanto às imunidades), uma vez que o princípio republicano faz, especificamente, quanto à tributação, com que se alcance a isonomia e justiça, já que os indivíduos que se encontram na mesma situação de igualdade econômica e realizam a mesma hipótese de incidência devem ser igualmente gravados.

Além da forma de governo republicano, a Constituição Federal também manteve a forma de estado Federal. Composta pelos entes federativos: União, 26 Estados-membros, Distrito Federal e 5570 Municípios (IBGE, 2013) que são possuidores de autonomia política e administrativa, além de atribuições e competências próprias e comuns. Não existem níveis hierárquicos entre esses entes, no entanto existem competências distintas enumeradas pela própria Constituição.

Quanto aos Municípios, a descentralização típica da Carta Magna de 1988 deu capacidade própria para arrecadação tributária frente ao custeio e financiamento de medidas e políticas que visem a dar corpo a suas atribuições constitucionais elencadas nos artigos 29, 29-A e 30 da Constituição Federal. A Carta Magna

usou uma fórmula abrangente autorizando os Municípios a legislar sobre assuntos de interesse local. Além das competências comuns do art. 23 da Lei Suprema que também abarcam os Municípios.

O Sistema Tributário Nacional esquematizado em suas bases pela Constituição Federal em vigor define e atribui as competências tributárias e as transferências intergovernamentais (repartição constitucional das receitas tributárias) que visam a compor as fontes de custeio do funcionamento da máquina estatal por parte de seus diferentes entes. Sendo assim cada nível governamental terá seus tributos próprios e a divisão de repasses para Estados e Municípios incapazes de financiarem suas atividades utilizando-se apenas de sua arrecadação tributária. O Poder Constituinte assim fez, pois há uma concentração mais elevada de tributos nas esferas federal (União) e estadual. Para atenuar esta discrepância, decidiu-se que algumas das receitas tributárias deveriam ser repartidas com os Municípios.

### **3 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS MUNICÍPIOS**

O Município, segundo os artigos 18, 29 e 30 da Constituição em vigor, é pessoa jurídica de direito público interno, dotada de competência legislativa própria e exclusiva exercida por meio da elaboração da Lei Orgânica Municipal e das demais leis municipais.

A instituição e arrecadação dos tributos da competência do poder público municipal consolidam o princípio da autonomia e dá efetividade ao federalismo fiscal, em relação às outras pessoas políticas estatais. Portanto, os Municípios têm o pleno exercício das competências tributárias.

Entre os tributos de competência dos Municípios instituídos pela CF/88, temos os impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), impostos sobre a prestação de serviços de qualquer natureza (ISS ou ISSQN) e impostos sobre a alienação de bens imóveis (ITBI). Além da cobrança de taxas pelo exercício do poder de polícia e pela prestação de serviços, de contribuições de melhoria e contribuições para o custeio da iluminação pública. Veremos adiante a especificação de cada um deles.

#### **3.1 Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS ou ISSQN**

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS previsto na CF/88 no artigo 156, inciso III, é o imposto municipal que tem como fato gerador a prestação de serviços, incidindo sobre as atividades definidas na lista especificada na Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003, que inclui dentre outros os serviços prestados por profissionais liberais (contadores, advogados, engenheiros, etc.), serviços educacionais, hospedagem, serviços bancários, fornecimento de mão de obra, serviços de reparação e manutenção entre outros. A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, ou seja, a renda bruta. Excepcionalmente, em alguns casos, como na construção civil, é abatido o valor dos insumos.

A referida Lei Complementar nº 116 fixa a alíquota máxima do ISS em 5% (cinco por cento), e a mínima em 2% (dois por cento), conforme o artigo 88, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal.

O ISS deve ser pago ao Município em que o serviço é positivamente prestado, ainda que o estabelecimento prestador esteja situado em outro Município.

### **3.2 Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana-IPTU**

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – é definido pelo artigo 156, inciso I da Constituição de 1988, o IPTU incide sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de propriedade imóvel localizada em zona urbana ou extensão urbana e tem como base de cálculo o valor venal do imóvel (valor de mercado).

O imposto tem seu lançamento fiscal iniciado a partir de um cadastro imobiliário e de um sistema de dados que elenca valores, elaborados pelos Municípios e que precisam ser permanentemente atualizados.

O IPTU, geralmente, é uma das maiores fontes arrecadatórias municipais, sendo muitas vezes a principal origem das receitas tributárias em Municípios médios ou Municípios de potencial turístico e de veraneio, precipuamente quando o ISS possui menor base de contribuintes. Não existe padronização nos procedimentos de cadastro e de cálculo do valor venal dos imóveis, sendo muito corriqueiro e usual percebermos Municípios onde o valor venal lançado para os imóveis pode representar percentuais ínfimos com relação ao valor real de mercado. Isso devido à ineficiência de muitas administrações tributárias municipais, ou mesmos por falta de interesse dos gestores em exercer a plenitude de sua competência tributária. A alíquota utilizada é estabelecida pelo legislador municipal, variando conforme o Município que é, em média, de 1%.

O IPTU, além da função fiscal, com fins arrecadatórios tem também sua função social. O artigo 182 da Constituição Federal de 1988 define esta função ao afirmar que a propriedade privada deve atender aos fins sociais, sendo o mesmo artigo regulado e complementado pelo Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257, de 10 de julho 2001), que estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana e regulamentando esta função social e estabelece uma série de instrumentos urbanísticos a serem aplicados pelas prefeituras como forma de sua promoção. Trata-se aqui de evitar também os interesses especulativos dos proprietários de imóveis que visam unicamente à valorização e ganho patrimonial em terrenos e imóveis ociosos. Uma das medidas é a possibilidade da cobrança do IPTU progressivo no tempo que determina a cobrança progressiva nas propriedades privadas urbanas que não estejam, efetivamente, cumprindo sua função social para que possa ser gradativamente mais onerada, com um valor crescentemente superior ao valor de base de cálculo. Sendo assim o Estatuto das Cidades (Parágrafo 1º do Artigo 7º, Seção III da Lei nº 10.257, de 10 de julho 2001),

prevê a alíquota máxima em até 15% a ser aplicada para cobrança do IPTU progressivo no tempo. Esta medida tem dois efeitos práticos sobre os especuladores, a rigor, visa a fazer com que o proprietário pague uma exação tributária maior ao Município, ou o tenha que vender ou ainda interromper o processo especulativo do imóvel.

### **3.3 Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – ITBI**

O imposto sobre transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição, mais conhecido como ITBI. É mais um tributo de competência municipal e está previsto no Art.156, II, da Constituição Federal, e nos artigos 32 a 42 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) e ainda na legislação tributária municipal.

Referida exação incide sobre a transferência da propriedade ou domínio útil dos imóveis e, da mesma forma que o IPTU, tem como base de cálculo o valor venal do imóvel. É atribuição do Município definir a alíquota do ITBI em lei ordinária municipal, que pode alcançar o limite máximo de 2% fixado por lei complementar. A função do ITBI é predominantemente fiscal, ou seja, arrecadatória visando a suprir os cofres públicos de recursos financeiros.

### **3.4 Taxas**

A Constituição da República no artigo 145, II, bem como o art.77 do CTN (Lei nº5.172, de 25 de outubro de 1966) confere aos Municípios a competência para instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. As taxas são instituídas através de lei ordinária municipal em cumprimento ao princípio da legalidade tributária.

Os contornos da definição constitucional deixam claro que as taxas são tributos retributivos ou contraprestacionais, uma vez que não podem ser cobradas sem que o Estado exerça o poder de polícia ou preste ao contribuinte, ou coloque à sua disposição, um serviço público específico e divisível. (ALEXANDRE, 2013, p. 26).

Neste sentido, existem taxas de polícia e de serviços.

Taxas de polícia ocorreram quando o fato gerador decorrer da atividade administrativa, verificado pelo conceito do artigo 78 do CTN:

Art. 78-Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Assim são exemplos de taxas de polícia, as de fiscalização e as de controle municipal.

Taxas de serviços é a cobrança de exação financeira a pessoa jurídica ou privada para usar certos serviços executados pela administração pública. Na definição do art. 79 do CTN esses serviços caracterizam-se pela divisibilidade e especificidade. Sendo específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas, e sendo divisíveis quando suscetíveis de utilização separadamente, por parte de cada um dos seus usuários. Logo contribuinte sabe por quais serviços estará pagando. São exemplos de taxas de serviços, a taxa de coleta de lixo, a taxa de emissão de documentos, taxas de licenciamento, e alvarás de funcionamento entre outras.

### **3.5 Contribuição de Melhoria**

Prevista no art. 145, III, da Constituição Federal, bem como nos artigos 81 e 82 do CTN, é uma exação cuja obrigação tem por fato gerador uma situação que representa um benefício especial auferido pelo contribuinte, qual seja uma obra pública que tem como consequência a valorização dos imóveis pertencentes aos potenciais contribuintes.

De acordo com Alexandre (2013), o fato gerador da contribuição de melhoria não é a realização da obra, mas sim sua consequência, explicita o autor no tocante à valorização imobiliária.

Entre os tributos municipais, o de menor expressão é a contribuição de melhoria, cuja finalidade, como já visto antes, é a compensação do custo de obra executada pelo poder público, da qual infere-se valorização imobiliária. Geralmente, a contribuição de melhoria só há sido cobrada em compensação às obras de pavimentação de vias públicas executadas pelas prefeituras. Sua cobrança é regulada pelo Decreto-lei 195, de 24 de fevereiro de 1967, cabendo ao Município a sua instituição por meio de lei ordinária.

### **3.6 Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública – COSIP**

O artigo 149-A da Constituição federal de 88 institui a possibilidade de cobrança pelos Municípios e o Distrito Federal de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública - COSIP, na forma da

lei, observado o disposto no art. 150, I e III (princípios da legalidade e anterioridade anual e nonagesimal). Podendo a cobrança da COSIP ser feita na própria fatura de consumo de energia elétrica.

A COSIP surgiu após os Municípios reclamarem a perda de grande fatia de arrecadação devido à extinção da antiga Taxa de Iluminação Pública (julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal), pressionaram o Congresso Nacional, que através da Emenda Constitucional n.º39 de 2002, autorizou a criação da referida contribuição. Houve unicamente a mudança da denominação de taxa de iluminação pública para contribuição de iluminação pública.

Cabe aos Municípios instituir a exação através de lei ordinária que definirá o fato gerador, alíquotas, base de cálculo e sujeitos passivos entre outros critérios.

## **4 TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS PARA OS MUNICÍPIOS**

Existem três tipos de transferências intergovernamentais: as transferências constitucionais e legais, que são obrigatórias, e as voluntárias, comumente conhecidas como convênios, contratos de repasse ou outros ajustes. As transferências constitucionais federais são as que ocasionam um maior impacto na grade de recursos para os Municípios e têm grande importância, já que tem a finalidade de efetivar o desenvolvimento de políticas públicas e melhorar a qualidade da gestão local. A partir do momento que passam a integrar a receita desses Municípios, serão administradas precipuamente, em regra, por esses, como recursos próprios.

### **4.1 Transferências Constitucionais**

São as parcelas das receitas federais ou estaduais arrecadadas pela União e Estados e repassadas aos Municípios, conforme o caso. A divisão da receita proveniente da arrecadação de impostos ou também chamadas de repartições das receitas tributárias entre os entes federados representa uma das soluções para diminuir as desigualdades regionais e promover o equilíbrio socioeconômico entre os Municípios brasileiros. Estas transferências são vinculadas e acontecem em prazos estabelecidos por lei.

A Constituição Federal ao estabelecer o Sistema Tributário Brasileiro diferencia a repartição das receitas tributárias e transferências. Nesse sentido, destacamos o pensamento de Alexandre (2013, p. 638):

Para atingir a autonomia financeira necessária à efetividade do poder de auto-organização e normatização, autogoverno e autoadministração, o legislador constituinte brasileiro se utilizou de duas técnicas de repartição de renda: a atribuição de competência tributária própria (discriminação por fonte) e a participação dos entes menores na receita arrecadada pelos entes maiores (discriminação por produto).

De outra forma, significa dizer que os Municípios possuem, para efetivar as necessidades das suas populações por serviços públicos, de recursos das receitas com origem nas cobranças dos tributos de sua competência das transferências de recursos da União, e do Estado em cujo território está inserido o Município.

As transferências podem ser regulares ou não. O funcionamento das regulares – ou constitucionais – está definido pela Constituição e pela legislação complementar, que determinam as regras de distribuição e repasse. A distribuição das transferências não regulares – ou negociadas – se faz por meio de convênios e de acordo com o programa da agência administradora. A principal característica das transferências negociadas é o condicionamento da utilização dos recursos. (TRISTÃO, 2003, p. 109)

Veremos adiante as principais formas de repartição de receitas entre os entes federativos em escalada vertical, a começar pelas receitas federais aos Municípios.

#### **4.1.1 Repartição das Receitas Tributárias Federais (da União) para os Municípios**

No tocante à repartição das receitas federais, destacamos que o repasse ocorre da União para os Municípios e compreende os seguintes casos:

##### *4.1.1.1 Fundo de Participação dos Municípios (FPM)*

É o tipo de transferência intergovernamental na qual ocorre o repasse de recursos financeiros da União (Governo Federal) para os Municípios brasileiros, prevista na CF, Art. 159, inciso I, alíneas *b* e *d*:

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano.

Ou seja, trata-se de **22,5% +1% da arrecadação do IPI e do IR já excluindo a parcela do Imposto de Renda Retido na Fonte-IRRF que pertence integralmente aos Municípios.**

O principal critério a ser atendido para a distribuição dessas verbas é apurado, sobretudo de acordo com o número de habitantes, sendo assim fixadas faixas populacionais, cabendo a cada uma dessas faixas um coeficiente individual, estes dados são estimados em pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Os critérios atualmente utilizados para o cálculo dos coeficientes de

participação dos Municípios estão baseados na Lei n.º 5.172/66 (Código Tributário Nacional) e no Decreto-Lei N.º 1.881/81. Além de que a Lei Complementar 62/89 determina que os recursos do Fundo de Participação dos Municípios devem ser transferidos nos dias 10, 20 e 30 de cada mês, como vimos anteriormente na citação do mandamento constitucional das receitas oriundas da arrecadação do IR e IPI dos dez dias anteriores a transferência.

Na apuração do montante de destinação do FPM é necessário ponderarmos separadamente as capitais e os demais Municípios. Considerando que para as unidades capitais serão transferidos 10% e para as outras cidades os 90% restantes do montante constitucional de repasse da transferência.

#### *4.1.1.2 Repartição de Receitas Decorrentes do Imposto Territorial Rural – ITR*

O Imposto territorial Rural-ITR de competência da União é previsto no art.153, VI, da Constituição Federal e nos artigos 29, 30 e 31 do CTN tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do Município. A base de cálculo do ITR é o valor venal da terra nua, ou seja, o valor fundiário, apurado ao final do exercício anterior ao de ocorrência do fato gerador. Cabe aos Municípios 50% do valor correspondente ao montante da arrecadação fiscal do ITR quando cobrado pela União, no entanto, na hipótese de ocorrência do art. 153, §4º, III da CF quando fiscalizados e cobrados pelos Municípios, por convênio com a União, poderão os Municípios ficar com 100% (totalidade) dos recursos provenientes do ITR.

O desempenho do ITR é sofrível. Sua arrecadação é dificultada por problemas técnicos e políticos. De um lado, depende da existência de um cadastro nacional de propriedades rurais, de outro lado, depende da existência de vontade política de cobrar o tributo. Como resultado o ITR acaba sendo um imposto que gera altos custos de arrecadação e praticamente nenhuma receita. (TRISTÃO, 2003, p.116).

Além da função fiscal, o ITR possui função extrafiscal. Sendo um meio de auxiliar o poder público com informação referente à propriedade rural e ao uso da terra e a função social da propriedade territorial rural combatendo os latifúndios improdutivos.

#### *4.1.1.3 Repartição da Receita Decorrentes do Imposto sobre operações Financeiras em Ouro – IOF-Ouro*

Previsto na CF/88 em seu artigo 153, §5º, inciso II:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

§ 5º - O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na

operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:

II - setenta por cento para o Município de origem.

Portanto a Constituição Federal prevê que o ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, estará sujeito exclusivamente à incidência do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, de competência da União, com uma alíquota mínima de 1%. E do total de recursos arrecadados pela cobrança do IOF-Ouro produzidos naquele Município, 70% destinam-se aos Municípios de origem. Obedecendo a regulamentação da Lei nº 7.766 de 1989.

Oportuno comentar que a arrecadação do IOF-Ouro é ínfima e não é uma fonte de verbas de relevância sequer para os Municípios onde existe a exploração de minas e jazidas do mineral.

#### *4.1.1.4 Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados - FPEX*

A imunidade das Exportações de produtos e serviços frente ao ICMS decorrente do art. 155, §2º, inciso X, alínea a da Constituição, justifica-se nas palavras de Ricardo Alexandre, pois:

A regra é mais uma das que compõem o esforço de exportação do Estado Brasileiro, mas traz prejuízo para os Estados e ao Distrito Federal, pois, para estes, seria melhor que a circulação de mercadorias tivesse por destinatário alguém domiciliado no país, visto que, nesse caso, haveria a incidência do ICMS, com o consequente carreamento de recursos aos cofres públicos estaduais e distritais. (ALEXANDRE, 2013, p.651).

O artigo 159, inciso II, § 3º, da Constituição Federal prevê o ressarcimento aos Estados e Municípios pela desoneração das exportações de produtos industrializados do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Esse fundo é composto por 10% da arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados, que é distribuído aos Estados exportadores de modo proporcional ao valor exportado, observando-se o limite máximo de 20% para cada um. Do montante repassado aos Estados, 25% são destinados a seus Municípios, seguindo a mesma sistemática dos repasses da Quota-parte do ICMS que será visto em tópico posterior. Ainda segundo Ricardo Alexandre (2013, p.651), quanto aos Municípios:

A regra é decorrência lógica do fato de o fundo servir como compensação à desoneração do ICMS nas exportações, que também prejudica os Municípios, os quais deixam de receber o repasse dos 25% constitucionais referentes a quota-parte ICMS.

#### **4.1.2 Repartição de Receitas Tributárias dos Estados para os Municípios**

O repasse ocorre do Estado-membro para os Municípios englobados em seu território e abarca os seguintes casos:

#### *4.1.2.1 Quota-parte do ICMS*

O artigo 158, Inciso IV da CF/88 determina que os Estados devem repassar aos Municípios compreendidos em seu território 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e comunicação de competência estadual (Art. 155, inciso II da CF/88).

Com relação aos critérios de distribuição da Quota-parte do ICMS, a Constituição Federal prevê no art. 158, parágrafo único, que, pelo menos, 75% (setenta e cinco por cento ou três quartos) dos recursos sejam rateados proporcionalmente ao valor adicionado gerado no próprio Município e que os restantes 25% (vinte e cinco por cento ou um quarto) sejam distribuídos segundo critérios estabelecidos em lei estadual. Nota-se que a finalidade desse regramento é beneficiar, sobretudo, os Municípios que mais contribuem quando da arrecadação do ICMS, haja vista a destinação de três quartos do montante arrecadado. Quanto aos outros 25% do montante da arrecadação, possuem os Estados autonomia através de lei própria para estabelecer os critérios de repartição, devendo observar, sobretudo os critérios de justiça e procurar minimizar desigualdades sociais e regionais.

#### *4.1.2.2 Repartição decorrente da arrecadação do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA dos Estados para os Municípios*

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 158, inciso III, diz que pertence, aos Municípios, cinquenta por cento (50%) do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios. Sendo assim devem os Estados repassar a cada Município a metade da receita decorrente da arrecadação do IPVA que são licenciados em seus respectivos territórios. A título de exemplo, se um veículo é licenciado no Município de Mulungu no Estado da Paraíba, a metade do valor pago, ou seja, 50 % do IPVA será entregue ao Município de Mulungu pelo Estado da Paraíba, ficando este último com os restantes 50% do montante.

## **4.2 Transferências Legais**

Constitui a transferência de recursos orçamentários que são regulados por leis específicas. “Existem duas modalidades de transferências legais, a saber: a que a aplicação dos recursos repassados não está vinculada a um fim específico; e a que a aplicação dos recursos repassados está vinculada a um fim específico”. (ABRANTES, 2010, p.100).

No caso do repasse não vinculado o ente municipal detém a discricionariedade, podendo utilizar o recurso da maneira que bem lhe aprouver. São recursos livres, ou seja, recursos que a prefeitura poderá aplicar em qualquer tipo de despesa (folha de pagamento de pessoal, água, material de escritório, telefone, etc.). Quanto ao repasse vinculado, a transferência legal visa a cumprir a sua finalidade, o fim específico. Essa modalidade de transferência legal tem sido usada para repassar verbas aos Municípios em substituição aos convênios.

Os recursos vinculados podem ser decorrentes de transferências automáticas ou de transferências de fundo a fundo.

#### **4.2.1 Transferências Automáticas**

As transferências automáticas são aquelas que correm com programas da área de Educação, senão vejamos:

Consistem no repasse de recursos financeiros sem a utilização de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante o depósito em conta corrente específica, aberta em nome do beneficiário. Essa forma recursos em determinados programas da área de Educação. As Medidas Provisórias n. 2.178-36, de 24 de agosto de 2001 e n. 173, de 16 de março de 2004, como a Lei n. 10.219, de 11 de abril de 2001, disciplinam o emprego da transferência automática. Os programas em que se operam as transferências automáticas estão distribuídos no âmbito do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Atualmente, cinco programas permitem repasses da esfera federal à municipal. São eles: Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE); Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento de Jovens e Adultos; Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE) e Programa Brasil Alfabetizado. (ABRANTES, 2010, p.100).

Estas transferências automáticas tem os critérios que definem a origem dos recursos e os montantes a serem distribuídos para cada governo especificados em lei ou mesmo na própria Constituição.

#### **4.2.2 Transferências de Fundo a Fundo**

São repasses regulares e programados de recursos diretamente do Fundo Nacional de Saúde ou do Fundo Nacional de Assistência Social para os Municípios, independentemente de convênio ou instrumento similar. Destina-se ao financiamento das ações estratégicas e serviços de saúde e assistência social.

#### **4.3 Transferências Voluntárias**

Segundo Abrantes, as transferências voluntárias:

Compreendem os repasses de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorram de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. A operacionalização dessas transferências é, em regra, viabilizada por meio de convênios ou contratos de repasses. (2010, p.106).

Dessa forma, as transferências voluntárias são os recursos financeiros repassados pela União ou Estados aos Municípios em decorrência da celebração de ato normativo bilateral cuja finalidade é a realização de obras e/ou serviços de interesse comum entre as esferas do Governo.

A lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº101, de 4 de maio de 2000) no seu artigo 25 afirma que: Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

## **5 GESTÃO PÚBLICA ORÇAMENTÁRIA (GESTÃO DE RECEITAS E DESPESAS)**

A gestão das receitas e despesas, ou gestão orçamentária está regada nos artigos 165, 166, 167, 168 e 169 da Constituição Federal, constituindo instrumentos de controle e planejamento das verbas municipais na busca da concretização e efetivação da execução das atribuições e competências dos Municípios e na implementação de políticas públicas. Esses mandamentos constitucionais expressão princípios e meios de realização do processo orçamentário.

O orçamento público, que é como veremos a seguir, um importante instrumento de planejamento e execução das finanças públicas que engloba a previsão das receitas e à fixação das despesas públicas. Portanto, o orçamento público prevê estimativa das receitas e autorização para prática de despesas da administração pública direta e indireta em um lapso temporal denominado exercício. O orçamento Público reflete também as decisões políticas, escolhendo as ações prioritárias para o atendimento dos anseios da população, diante da falta de recursos.

Quanto aos Municípios brasileiros a gestão orçamentária se dá pelos preceitos do artigo 165 da CF/88, além da Lei nº. 4320/1964 e a Lei Complementar nº 101/2000 que exigem e regulam a elaboração de leis referentes ao planejamento e ao orçamento, quais sejam: o Plano Plurianual – PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA.

A elaboração dessas leis, que são ordinárias, é de iniciativa exclusiva do Prefeito que a partir das suas prioridades políticas e decisões amolda as pretensões orçamentárias advindas das várias fontes de custeio, estabelecendo um projeto de lei que as integra. Essa proposta de lei é submetida Câmara de Vereadores, que a debate, altera, emenda, aprova e envia de volta ao edil municipal para sanção.

Caso o montante das receitas (tributárias) do ano for superior à prevista, o Poder Executivo municipal encaminha à Câmara Municipal projeto de lei solicitando autorização para incorporar e executar o excedente de arrecadação, que são os créditos adicionais. Ocorrendo de as despesas extrapolarem as receitas, a gestão municipal fica impedida de executar o orçamento em sua integralidade, devendo dessa forma reduzir despesas. Isso por meio de ato administrativo emanado do Prefeito ou através de delegação. No entanto, na prática acontece de maneira informal, através do bloqueio de recursos aos órgãos administrativos ou supressão de serviços ou políticas públicas.

Para os Municípios, a arrecadação dos diversos tributos de sua competência é uma importante fonte de recursos, sobretudo para o custeio das despesas decorrentes da execução dos serviços públicos e da realização do bem comum de toda a população. A arrecadação tributária e as transferências intergovernamentais devem estar inseridas no orçamento municipal para a finalidade de alocar as verbas nas mais variadas áreas em que opera (saúde, educação, meio ambiente, agricultura etc.) evidenciando as ações e prioridades a serem realizadas naquele exercício.

Como vimos anteriormente, o orçamento público municipal baseia-se em três vertentes: no Plano Plurianual (PPA), na Lei das Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei de Orçamentária Anual (LOA). Dessa forma, é possível aos Municípios realizarem um planejamento eficaz e racionalizado de suas receitas e despesas a longo, médio e curto prazo.

Há de se observar os prazos definidos na Lei Orgânica do Município para envio dessas leis à Câmara Municipal de vereadores para análise, debate e aprovação. Se ao contrário, não tenham sido determinados os prazos na Lei Orgânica, devem-se cumprir os estabelecidos no artigo 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal de 1988.

O Plano Plurianual-PPA é um plano de médio prazo que busca ordenar a atuação do governo municipal para atingir metas e objetivos delimitados para um quadriênio (quatro anos). Logo é a lei que estabelece as diretrizes, os fins e metas da Administração Pública municipal. Engloba os três últimos exercícios de mandato e o primeiro do mandato posterior para favorecer a continuidade programática entre as administrações. A lei do PPA deverá ser elaborada no primeiro ano do mandato e enviada à Câmara Municipal até 31 de agosto, inseridas as ações governamentais, entre as quais os programas e metas. Quanto às metas, deverão apresentar a descrição, a quantidade e o valor que se deseja gastar em cada exercício. A previsão do PPA está no art. 165 da Constituição Federal. É de fundamental importância para a gestão pública, uma vez que a Lei de Responsabilidade Fiscal diz no art. 15, combinado com os artigos 16, II e 17, § 4º que a criação de despesa que não esteja prevista no PPA, será tida como não autorizada e lesiva ao patrimônio público.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias-LDO é a lei que tem por escopo orientar a elaboração do Orçamento Municipal Anual, abrangendo parte dos programas e metas contidos no PPA. Prevista no artigo 165, inciso II, §2º e no art. 4º da Lei Complementar nº 101/2000(Lei de Responsabilidade Fiscal).

A LDO é a lei que antecede a Lei Orçamentária Anual-LOA. O Prazo para os Municípios elaborarem a LDO é aquele previsto em sua Lei Orgânica. Não havendo regulamentação quanto ao prazo: segue-se o prazo constitucional seguido pela União. Tem como principal fim orientar a preparação dos orçamentos fiscal e da seguridade social e de investimento do governo municipal, abrange os poderes Executivo e Legislativo, e também as entidades da administração direta e indireta, autárquica, fundacional e empresas públicas. Visa adequar a Lei Orçamentária Anual - LOA às diretrizes, objetivos e metas da administração pública que estão inseridas na lei do Plano Plurianual. Integrará o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias, dois anexos, um anexo contendo as metas fiscais e outro contendo os riscos fiscais.

A Lei Orçamentária Anual-LOA é a lei que estima a receita e autoriza a despesa, sendo o orçamento propriamente dito. É elaborada anualmente pelo Chefe do Poder Executivo em observação ao art. 165, III da Constituição Federal e a Lei Federal 4.320/64, que estabelece as normas gerais para elaboração, execução e controle orçamentário.

A LOA é editada para permitir a efetivação das metas e objetivos estabelecidos no Plano Plurianual. Observa os ditames da Lei de Diretrizes Orçamentárias a qual institui o programa de ações a serem realizadas para alcançarem os fins almejados, cujo implemento se dará durante o exercício financeiro. Segundo o Guia Básico para Gestão nos Municípios:

Merece atenção especial do (a) prefeito (a) que irá assumir, haja vista que a execução de seu plano de governo deverá estar em consonância com essa lei. Caso sejam necessárias alterações, deverão ser feitas por meio de abertura de créditos adicionais (suplementares, especiais e extraordinários) Tendo em vista que não poderão ser realizadas despesas sem prévia autorização, caso a LOA não tenha sido aprovada há que se abrir créditos especiais para realização das despesas, nos termos do § 8º do art. 166 da Constituição Federal. (BRASIL, 2008, p.15).

A LOA deve ser votada e aprovada até o final de cada sessão legislativa, ou seja, o período anual, em que Câmara Municipal se reúne anualmente, com início e fim no ano civil conforme previsão em Lei Orgânica. Depois de aprovado pelos Vereadores, em seguida a LOA é sancionada e publicada pelo Prefeito Municipal entrando em vigência.

## **5.1 Receitas Públicas Municipais**

Segundo o livro Receitas Públicas: manual de procedimentos: aplicado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conceito de receitas públicas denota:

Todos os ingressos de caráter não devolutivo auferidas pelo poder público, em qualquer esfera governamental, para alocação e cobertura das despesas públicas. Dessa forma, todo o ingresso orçamentário constitui uma receita pública, pois tem como finalidade atender às despesas públicas. (BRASIL, 2005, p.14)

Tendo em vista esse conceito, compreendem-se entre as receitas públicas municipais os tributos de competência estabelecidos pela CF88 aos Municípios, bem como os valores referentes ao montante composto pelas transferências intergovernamentais.

Relembremos algumas das fontes de receita aqui já estudadas:

a) Os tributos de competência municipal: IPTU; ISS; ITBI; taxas de polícia e taxas de serviços; contribuição de melhoria; contribuição para custeio da iluminação pública-COSIP;

b) As Transferências Intergovernamentais:

b.1) Obrigatórias

b.1.1) Participação no produto da arrecadação federal :Fundo de Participação dos Municípios – FPM, Imposto Territorial Rural – ITR) e a compensação financeira (*royalties do petróleo e afins*)

b.1.2) Participação no produto da arrecadação estadual :Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA

b.2) Voluntárias

b.2.1) Transferências voluntárias da União e do estado por meio de convênios e contratos de repasse;

b.2.2) Transferências fundo a fundo nas áreas de saúde e assistência social;

b.2.3) Relações com terceiros (públicos ou privados) por meio de convênios, termos de parceria e outros instrumentos.

Após a análise dos tópicos anteriores, iremos nos ater agora à figura das Despesas Públicas.

## 5.2 Despesas Públicas Municipais

Podemos denominar despesas públicas segundo Abrantes como:

Como todos os dispêndios que a Administração Pública faz para o custeio de seus serviços, a remuneração dos servidores, a aquisição de bens, a execução indireta de obras e serviços e outros empreendimentos necessários à consecução de seus fins. (...) Portanto, a despesa pública é o conjunto de gastos que o Estado é obrigado a fazer para desempenhar as funções básicas a ele atribuídas, que atendam os interesses da comunidade tanto na manutenção de serviços que beneficiem diretamente a População quanto na implantação da infraestrutura do desenvolvimento socioeconômico e, também, aqueles para saldar os compromissos da dívida pública. (2010, p. 109)

A relação entre despesas e receitas é notória. Está última como fonte de custeio, é essencial para a realização e efetivação das políticas públicas e para o incremento da qualidade e satisfação da população na busca pelo bem comum.

A Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964 (Lei de Finanças Públicas ou Lei de Normas Gerais sobre Direito Financeiro) classifica as despesas públicas, segundo critérios econômicos e mais interessantes ao nosso estudo *despesa orçamentária* e *despesa extra-orçamentária*.

O Manual de Despesa Nacional: Aplicado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios do Ministério da Fazenda estabelece, mutatis mutandis, os conceitos de despesa orçamentária e extra-orçamentária, ao classificar as despesas públicas quanto à dependência da execução orçamentária em:

- a) *Despesa resultante da execução orçamentária* – aquela que depende de autorização orçamentária para acontecer. Exemplo: despesa com salário, despesa com serviço, etc.
- b) *Despesa independente da execução orçamentária* – aquela que independe de autorização orçamentária para acontecer. Exemplo: constituição de provisão, despesa com depreciação, etc. (BRASIL, 2008, p.13).

A diferença entre a despesa orçamentária e a extra-orçamentária reside no fato da primeira exigir, em qualquer hipótese, prévia autorização legislativa para sua efetivação.

### **5.2.1 Despesa Pública Orçamentária**

Como vimos no tópico anterior, depende de previsão em lei orçamentária ou mesmo de créditos adicionais. Dividem-se, segundo a lei 4.320/64, art. 12 e a Portaria Interministerial nº. 325, de 27 de agosto de 2001, quanto à categoria econômica em:

#### **a) Despesas orçamentárias correntes:**

São as despesas que não colaboram, diretamente, para a composição ou aquisição de um bem de capital. Compreendem:

- *Despesas de custeio*: Lei 4.320/64, art.12 §1º, são as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis.
- *Transferências correntes*: Lei 4.320/64, art.12,§2º são as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado. Dividem-se em:

- Subvenções sociais: destinadas a cobrir despesas de custeio de instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, desde que sem finalidade lucrativa (Lei 4.320/64, art.12 §3º, inciso I);
- Subvenções econômicas: destinadas a cobrir despesas de custeio de empresas públicas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril (Lei 4.320/64, art.12 §3º, inciso II).

b) Despesas orçamentárias de capital:

São as despesas que contribuem, diretamente, para a formação ou aquisição de um bem de capital.

Classificam-se em:

- *Despesas de investimentos*: Lei 4.320/64, art.12 §4º, são as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.
- *Inversões financeiras*: Lei 4.320/64, art.12 §5º, Incisos I, II e III, são despesas com aquisição de imóveis, bens de capital já em utilização, aquisição de títulos representativos de capital de entidades já constituídas (quando a operação não importe em aumento de capital), constituição ou aumento de capital de entidades comerciais ou financeiras (inclusive operações bancárias e de seguros).
- *Transferências de capital*: Lei 4.320/64, art.12, §6º, são as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.

Podem ser:

- Auxílios: se derivadas da lei orçamentária;
- Contribuições: derivadas de lei anterior à lei orçamentária.

### 5.2.2 Despesa Pública Extra-orçamentária

Conforme vimos anteriormente, já sabemos que as despesas extra-orçamentárias são aquelas que independem de autorização orçamentária para acontecer, uma vez que não consta na lei orçamentária. Em outras palavras as despesas extra-orçamentárias são os pagamentos que não dependem de autorização legislativa, ou seja, não integram o orçamento público. Resumem-se a devolução de valores arrecadados.

## 6 ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DOS MUNICÍPIOS: UMA ANÁLISE DE RESULTADOS

A administração tributária é a atividade do Poder Público que realiza a fiscalização e arrecadação tributária através dos procedimentos de verificação quanto à ocorrência do fato gerador e o cumprimento das obrigações tributárias, fazendo o lançamento tributário que irá iniciar a cobrança das exações. Constitui também atribuição da administração tributária expedição de certidões negativas ou positivas que comprovem a situação fiscal do sujeito passivo quanto à ausência ou não de pendências tributárias. O código Tributário Nacional prevê no artigo 194 e seguintes, no título Administração Tributária, o regramento pertinente aos órgãos e agentes da administração tributária.

Ricardo Alexandre ao discorrer sobre o assunto afirma a respeito da administração tributária que “a atividade de fiscalizar e arrecadar tributo é, talvez, a mais importante atividade-meio do Estado, pois dos recursos dela advindos dependem todas as atividades-fim estatais, como a prestação dos serviços de segurança, saúde e educação”. (2013, p. 504)

Corroborando esse entendimento, a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXII combinado com o artigo 167, inciso IV reitera que as administrações tributárias são atividades essenciais à atividade e funcionamento dos Entes Federados, devendo ser exercidas por servidores de carreiras específicas, com recursos prioritários para a realização de suas atividades, podendo até vincular a receita dos próprios impostos para tal finalidade.

Uma vez definida os objetivos e a importância da administração tributária, vamos saber quem são os órgãos e agentes que compõem o quadro de responsáveis pela transformação em atos concretos das regras abstratamente previstas na legislação tributária. Iremos nos ater essencialmente à municipalidade em nosso estudo. Restringindo-se aos órgãos administrativos e agentes públicos que cuidam da fiscalização e arrecadação tributária dos Municípios.

Falaremos inicialmente dos agentes públicos atuantes na administração tributária municipal.

Para Meirelles (2005, p. 75) “agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.

De acordo com a classificação e conceituação de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2013, p.124-126). Os agentes públicos são divididos nas seguintes categorias principais que interessam a nosso estudo:

- a) Agentes Políticos: são todos os detentores de mandato eletivo (prefeitos e vereadores) e os agentes de primeiro escalão (secretários municipais);
- b) Agentes Administrativos: são todos aqueles que exercem uma atividade pública de natureza profissional e remunerada, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico estabelecido pelo

ente federado ao qual pertencem. Ocupantes de cargos públicos, empregos públicos e de funções públicas nas Administrações Direta e Indireta das unidades da Federação, nos três Poderes. E subdividem-se em:

b.1) Servidores Públicos: são os agentes administrativos que mantêm vínculo estatutário (não contratual) com a Administração. Podendo ser *servidores públicos efetivos* (titulares de cargos efetivos mediante concurso público) ou *servidores públicos comissionados* (cargos em comissão livremente nomeados e exonerados).

b.2) Empregados Públicos: são agentes administrativos que possuem emprego público, com regime contratual e celetista, com ingresso mediante concurso público e podem adquirir estabilidade.

b.3) Temporários: são os agentes administrativos contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Exercem função pública, com vínculo contratual de natureza jurídico-administrativa.

Diante dessa classificação, na administração pública municipal apenas o Prefeito e os seus Secretários seriam agentes políticos, logo não seriam considerados agentes políticos, os diretores, subsecretários, chefes de departamentos, gerentes de setor e outros cargos de confiança. Esses passariam a compor a categoria de servidores públicos efetivos ou comissionados, conforme o caso.

Já vimos anteriormente no início deste tópico que a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXII combinado com o artigo 167, inciso IV ordena que os servidores públicos que atuam na administração tributária devem ocupar cargos públicos, criados e definidos por lei, com denominação própria e específica daquele órgão. Esta mesma lei deve delinear as atribuições dos cargos e fixar o padrão de vencimentos, remunerações e garantir as gratificações relacionadas à atividade.

Cabe aos Municípios legislar sobre a estrutura dos órgãos da administração tributária que podem ser exercidos de acordo com a natureza da função por servidores que exercem atividades em cargos ‘de linha’, de apoio ou de atividades genéricas. Cargos ‘de linha’ ou finalísticos são os que agem diretamente na arrecadação e fiscalização, como os auditores, analistas e agentes fiscais tributários, procuradores fiscais e outras designações contidas na legislação tributária municipal. Cargos de apoio ou suporte são os servidores que atuam na base, dando ajuda em tarefas internas, que guardam estreita relação com os que atuam na linha de frente, a exemplo dos assistentes administrativos fiscal. Cargos de atividades genéricas abrangem as funções não específicas da administração tributária municipal, como motorista, contabilista, auxiliar administrativo entre outros.

O Código Tributário Nacional define como sendo atribuições da Administração Tributária a fiscalização (arts. 194 a 200), a dívida ativa com providências executórias contra os que não cumpriram suas obrigações (arts. 201 ao 204) e a expedição de certidões negativas ou positivas para a comprovação da regularidade fiscal dos sujeitos passivos possibilitando o acesso a benefícios legais (arts. 205 ao 208).

## 6.1. Análise da Arrecadação Tributária dos Municípios Brasileiros e Apontamentos para a Eficiência da Arrecadação

Na monografia vencedora do XV Prêmio Tesouro Nacional em Tópicos Especiais de Finanças Públicas de autoria de Rodrigo Octávio Orair e André Amorim Alencar (2010, p.33) ao analisarem 5.564 Municípios brasileiros, utilizando o método de cluster com dados do Finanças do Brasil: (FINBRA) dados contábeis dos Municípios organizado pela Secretaria do Tesouro Nacional. Levaram-se em conta os dados do período de 2000-2009, e verificou-se nesse período que:

As análises também mostram que, isolando-se o efeito dos demais fatores, a existência de cadastros informatizados do ISS e do IPTU e de Planta Genérica de Valores tem impactos positivos e significativos sobre a arrecadação própria. Esses resultados evidenciam, portanto, que as medidas administrativas ligadas à modernização da estrutura tributária podem provocar ganhos na arrecadação sem necessariamente modificar as alíquotas.

Em relação às variáveis de localização, os municípios das regiões metropolitanas e as capitais tendem a obter maior arrecadação do que os demais municípios, isolando os demais fatores. Contudo, seus efeitos sobre o ISS e o IPTU são diferenciados. Os resultados encontrados sugerem que a arrecadação do IPTU nas capitais é maior do que nos outros municípios de regiões metropolitanas, enquanto a arrecadação do ISS é menor. Uma possível explicação é o fato de que os municípios das regiões metropolitanas fazem uso do ISS para atrair empresas prestadoras de serviços, aumentando sua arrecadação e reduzindo-a nas capitais, como abordado na seção anterior.

Outros efeitos diferenciados foram encontrados para as variáveis referentes às grandes regiões. A localização dos municípios nas Regiões Sul e Sudeste tende a favorecer a arrecadação do IPTU em relação às demais regiões. A arrecadação do ISS, por sua vez, tende a ser maior nas Regiões Norte e Nordeste, após controlada pelos efeitos dos demais fatores, enquanto a arrecadação das demais receitas tributárias tende a ser maior na Região Centro-Oeste. Vemos assim evidências de um padrão regional da arrecadação tributária. As regressões também corroboram a hipótese levantada em teoria de que municípios localizados em fronteira tendem a arrecadar menos. No caso dos municípios de costa, as estimativas indicam influência positiva sobre a arrecadação de IPTU e negativa para o ISS. (Orair; Alencar, 2010, p. 33).

Como exposto em capítulos anteriores, o Município possui uma diversidade de fontes de receita. Precisa-se analisar a legislação tributária municipal para saber se acolhe à melhor técnica e permite arrecadar os tributos de modo a congrega eficiência e justiça fiscal.

O conhecimento sobre outros Municípios também pode ser útil na identificação de inovações e experiências que deram certo. São apontamentos importantes para a melhoria da gestão tributária e efetivação da autonomia dos Municípios brasileiros:

a) A simplificação da legislação tributária e o exercício efetivo da competência tributária dos Municípios em conformidade com o artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal. É importante examinar se o Código Tributário Municipal e as demais leis tributárias encontram-se de acordo com as normas constitucionais e legais e se a administração tributária está organizada de modo a cumprir suas atribuições e alcançar os objetivos que fundamentam a arrecadação.

- b) A busca pela qualificação profissional do quadro de pessoal composto pelos agentes públicos integrantes das carreiras específicas da administração tributária, e implementação de gestão pessoal pautada em incentivos de produtividade;
- c) Investimentos massivos em informatização para a composição de dados atualizados e eficientes que ajudaram na fiscalização e lançamentos tributários;
- d) Políticas e programas de informação e transparência fiscal aos contribuintes, além de uso de meios de premiação, para incentivar os sujeitos passivos a colaborarem com a administração tributária;
- e) Medidas de enfrentamentos à evasão fiscal e agilidade e eficiência na cobrança administrativa e judicial da dívida ativa evitando-se a sonegação fiscal e a perda de receitas.

Neste íterim existem iniciativas governamentais que estimulam e visam a melhor a gestão tributária dos Municípios brasileiros. O Programa de Modernização da Administração Tributária e de Gestão dos Setores Sociais Básicos-PMAT com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Programa Nacional de Apoio à Administração Fiscal para os Municípios Brasileiros-PNAF do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social-BNDES são linhas de financiamento para a modernização da administração tributária e melhoria da qualidade do gasto público em uma perspectiva de desenvolvimento local. Tem foco na modernização das prefeituras, sobretudo quanto à eficiência administrativa e informatização dos sistemas de fiscalização e arrecadação tributária municipal. Proporcionando aos Municípios uma gestão de qualidade que gere aumento de receitas e redução, através de medidas de eficiência, do custo unitário dos serviços públicos prestados à população.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar dos Municípios brasileiros possuírem fontes de custeio das despesas que decorrem do incremento de suas atribuições e competências pelo advento da Constituição Federal, notamos que a imensa maioria, sobretudo as menores municipalidades nos rincões do Brasil, longe estão de concretizar o princípio da autonomia pela suficiência de recursos próprios oriundos dos tributos de sua competência constitucional. Esse cenário torna-se mais agravante em razão da dependência desses Municípios dos repasses e transferências de esferas governamentais federais e estaduais. Para efetivação do federalismo fiscal é necessário aumentar a capacidade de arrecadação dos Municípios, visando uma menor dependência das transferências intergovernamentais. Este é um desafio a ser superado, ainda mais quando esbarra com a mentalidade quase generalizada de que “os prefeitos não gostam de cobrar tributos”, talvez, em razão das consequências político-eleitorais do incremento da carga tributária aos cidadãos contribuintes que também são eleitores em época de pleito.

Muitos prefeitos acreditam que a arrecadação própria no montante da receita é, geralmente, muito baixa para os pequenos Municípios, fazendo com que o risco político-eleitoral do esforço fiscal para esses seja desinteressante.

Percebemos também que a maior parte dos Municípios enfrenta dificuldades na fiscalização e arrecadação tributária e a solução apontada seria a priorização de meios para incrementar a eficiência nas atividades da administração tributária municipal, realizando a competência tributária com o máximo de tributos que a legislação e a base econômica possibilitam, em prazos adequados e com maior justiça fiscal.

Quando se fala em justiça fiscal, nos referimos a usar o sistema fiscal para reduzir desigualdades. Com tratamento igual para os que são iguais e diferente para os que são diferentes em consonância ao princípio da igualdade tributária. Também estamos falando da estrutura dos gastos públicos. A maneira como os tributos são arrecadados, assim como depois são gastos os recursos públicos.

Ao propor alternativas como: a modernização e informatização da estrutura arrecadatória; a simplificação da legislação tributária e efetivação da competência tributária; uma melhor gestão, com base na qualificação e eficiência do quadro de pessoal da administração tributária; a troca de experiências positivas entre as administrações dos diversos municípios; programas de conscientização e incentivo para os contribuintes com fins à cidadania fiscal; combate a evasão e sonegação fiscal e corrupção visando a diminuir perdas fiscais. Tudo isso implica em maior eficiência e celeridade na Administração Tributária dos Municípios e tem como consequência ganhos de arrecadação, sem necessariamente onerar os contribuintes, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

É dominante o pensamento de que o sistema tributário brasileiro é um dos mais complexos do mundo, isso em face da grade de tributos existentes e das diversas exigências quanto às obrigações acessórias. Quanto a isso, a adoção pelas Administrações tributárias Municipais das medidas aqui sugeridas colabora para abrandar tal imagem negativa exigindo assim menos esforço dos contribuintes para cumprir todos os encargos correlatos. Além de desburocratizar e tornar mais prática a cobrança das exações cooperando de forma positiva para a eficiência da máquina administrativa e tendo como consequência uma melhor arrecadação. Assim, gera-se aumento de receitas para custear os programas políticos e os serviços públicos contribuindo para a autonomia municipal em face da dependência de outras receitas não próprias.

Não se trata aqui de criar ou aumentar novos tributos, mas tão somente de efetivar os existentes já definidos na Lei Suprema, e tornar a administração tributária municipal mais eficiente na fiscalização e arrecadação desses tributos. Uma melhor arrecadação traz inúmeros benefícios e poderá retornar para a população melhores serviços públicos e infraestrutura urbana e rural.

## REFERÊNCIAS

- ABRANTES, Luiz Antônio; FERREIRA, Marco Aurélio Marques. **Gestão tributária**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2010.126p. : il.
- AFONSO, José Roberto Rodrigues *et al.* **Municípios, arrecadação e administração tributária**: quebrando tabus. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro: BNDES, v. 5, n. 10, p. 3-36, dez. 1998a.
- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. -7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 21ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO:2013.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual de Despesa Nacional**. Brasília: STN/Coordenação-Geral de Contabilidade, 2008. 120p.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Receitas Públicas**: manual de procedimentos. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2005 – Anual.
- BRASIL. Presidência da República. **Guia Básico para Gestão nos Municípios**. Brasília: MP, 2008.44p.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- IBGE/DPE/COPIIS. **Estimativas populacionais para os municípios brasileiros em 01.07.2013**. Disponível em <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2013/estimativa\\_dou.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2013/estimativa_dou.shtm)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.
- Mini código Saraiva**: tributário nacional, Constituição Federal e Legislação Complementar / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 20. ed –São Paulo: Saraiva, 2014.
- ORAIR, Rodrigo Octávio; ALENCAR, André Amorim. **Esforço fiscal dos Municípios**: indicadores de condicionalidade para o sistema de transferências intergovernamentais. In: *Finanças públicas: XV Prêmio Tesouro Nacional - 2010*. - Brasília: STN, 2010
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 11. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2013.
- RIBEIRO, Marcelo Gollo. Aspectos da gestão tributária no Município. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2850, 21 abr. 2011. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/18947>>. Acesso em: 5 out. 2014.
- SILVA, Albertiano Dias da. **Gestão tributária dos municípios brasileiros: a busca da autonomia municipal**. 2015. 42f. Monografia (Especialização em Gestão Pública) - Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2015.

TRISTÃO, José Américo Martelli. **A Administração Tributária dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação.** São Paulo: EAESP/FGV, 2003. 172 p.

# *OS LIMITES DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA*

## *THE LIMITS OF DISREGARD DOCTRINE*

*Gustavo Ribeiro Rocha<sup>6</sup>*

Artigo recebido em: 14/11/2018.

Artigo aprovado em: 05/12/2018.

**Resumo:** o presente trabalho apresenta, a partir da Lei, da doutrina e jurisprudência nacionais, algumas importantes características do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro, especialmente em seu aspecto material, visando à sua adequada compreensão, para aplicação casuística. Para tanto, o presente trabalho propõe a observação das dificuldades em se chegar a um conceito objetivo, bem como os desafios de diferenciá-la de outras medidas jurídicas, tais como a dissolução da sociedade, a responsabilidade ilimitada de sócio e a responsabilidade de administrador por atos culposos ou dolosos, insolvência ou inexistência de bens, até sua adequada aplicação em casos concretos. Com este trabalho espera-se contribuir para os estudos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e tratamentos mais adequados à sua aplicação no Direito brasileiro, a partir do texto legal, da doutrina e da jurisprudência nacionais, visando evitar sua inadequada aplicação, que pode levar ao seu uso abusivo e indiscriminado, que pode até mesmo levar tal instituto ao descrédito.

**Palavras-chave:** desconsideração; personalidade; jurídica; responsabilidade; ilimitada.

**Abstract:** The present study presents, from the Brazilian's Law, doctrine and jurisprudence, some important characteristics of disregard of legal personality in Brazil's Law, especially in its material aspect, aiming at their adequate understanding, for casuistic application. Therefore, this paper proposes the observation of the difficulties in reaching a objective concept, as well as and the challenges of differentiate from other institutes of Law, such as the dissolution of society, the partner's unlimited liability and the manager responsibility for wrongful or intentional acts, insolvency or lack of goods, until its proper application in concrete cases. With this work we hope to contribute to the studies and treatments most appropriate of disregard of legal personality in Brazil's Law, from the Brazilian's Law, doctrine and jurisprudence, in order to avoid its inadequate application, which can lead to abusive and indiscriminate use, which may even lead such an institute to discredit.

**Keywords:** disregard; legal; personality; unlimited; liability.

## 1 INTRODUÇÃO

A chamada desconsideração da personalidade jurídica visa tornar possível a superação momentânea da personalidade jurídica pelo juiz, para, pontual e episodicamente, combater a fraude e/ou o abuso

---

<sup>6</sup> Mestre em Direito de Empresa, Faculdade de Direito Milton Campos (2008). Especialista em Direito de Empresa, Centro de Atualização em Direito (2004). Bacharel em Direito, Faculdade de Direito Milton Campos (2003). Advogado (2003). Professor Universitário (2004)

cometidos por um dos sócios ou pelos sócios, valendo-se da pessoa jurídica. Por outras palavras, a medida se mostra oportuna quando o sócio ou os sócios se valem da pessoa jurídica como escudo para cometer fraudes ou abusos.

Assim, quanto ocorrerem situações que autorizam tal desconsideração, o juiz poderá superar a existência da personalidade jurídica, como se ela não existe e, assim, naquele episódio, diante de certo contexto, responsabilizar quem, de fato, cometeu a fraude e/ou o abuso. Trata-se, portanto, de medida aguda, que deve ser utilizada com parcimônia, com critério, para que sua aplicação seja oportuna, tendo em vista que a partir da “*autonomia patrimonial reconhecida às pessoas jurídicas, muitos sócios começaram a usá-las como uma espécie de blindagem patrimonial para cometerem fraudes e abusos, afastando-se da responsabilidade*” (OLIVEIRA, 2014, p. 187).

Em síntese, pois, deve-se pensar em desconsideração da personalidade jurídica como medida excepcional, e cogitar sua aplicação quando ocorrer abuso sustentado em dolo, fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, com a finalidade de prejudicar terceiros.

Porém, para melhor compreensão do instituto, mister notar, *ab initio*, que tal recurso excepcional<sup>7</sup> não pode ser confundido com outras medidas ou institutos judiciais, *v.g.*, dissolução da sociedade ou responsabilização de administrador, nem responsabilização de sócio em sociedade de responsabilidade ilimitada, muito menos com solução contra a insolvência ou inexistência de bens do devedor, conforme será diferenciado ao longo deste trabalho.

## 2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A partir da doutrina e jurisprudência pátrias, pode-se perceber que a desconsideração da personalidade jurídica pressupõe uma pessoa jurídica regular e a prática, por meio dela, de uma ilicitude.

Por isso, para pensarmos em personalidade jurídica, imperioso ter em mente o disposto no art. 45, do Código Civil, que dispõe, *in verbis*:

“Art. 45. **Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro**, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.” – grifo nosso.

<sup>7</sup> “[...] a desconsideração da personalidade jurídica é admitida em situações excepcionais, devendo as instâncias ordinárias, fundamentadamente, concluir pela ocorrência do desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial desta com a de seus sócios, requisitos sem os quais a medida torna-se incabível” (STJ, 3ª T., REsp n. 1.311.857/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/5/2014, DJe 2/6/2014).

Observada essa regra, as pessoas jurídicas passam a ter existência distinta da dos seus membros, o que pode justificar, casuisticamente, a desconsideração a personalidade jurídica, a partir, especialmente, do disposto no art. 50, do Código Civil, que dispõe, *in verbis*:

**“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”** – grifo nosso.

Vejamos a aplicação do referido artigo em casos concreto:

“[...] O legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração de desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas.” (STJ, 4ª T., Ag. no Resp. 347.476 – DF, re. Min. Raul Araújo, j. 5/5/2016)

Resta claro, assim, que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, vez que está sujeita à teoria da fraude contra credores e à teoria do abuso de direito. E justamente para combater a fraude e o abuso de direito é que surgiu a teoria ou doutrina da desconsideração, ou do superamento da personalidade jurídica. Para Ramos, isso evidencia “*a clara finalidade de salvaguardar o princípio da autonomia patrimonial, evitando seu uso abusivo e deturpado*” (RAMOS, 2012, p. 402).

Atualmente, tal teoria está definitivamente incorporada ao nosso Direito, conforme se vê, especialmente, a partir da leitura do art. 28, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>8</sup> (Lei n. 8.078, de 11/9/1990)<sup>9</sup> e do já destacado art. 50, do Código Civil brasileiro, para os casos “*de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*”. Além deles, observa-se o instituto no art. 34, da Lei n. 12.529/2011<sup>10</sup>, que trata sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, – apesar de misturar a desconsideração com responsabilidade ilimitada de sócio

<sup>8</sup> Oliveira explica que o Código de Defesa do Consumidor adotou a chamada teoria menor da desconsideração, tendo como suficiente a demonstração de prejuízo para embasar a desconsideração, sem análise do requisito subjetivo da fraude ou abuso de direito. *In: OLIVEIRA, Júlio Moraes. Curso de direito do consumidor completo*. Belo Horizonte: D’Plácido, p. 189/190, 2014.

<sup>9</sup> “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

<sup>10</sup> “Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

ou responsabilidade de administrador, e com falência e insolvência – e do art. 4º, da Lei n. 9.605/1998<sup>11</sup>, que trata de crimes ambientais.

Mas, é sempre oportuno ter em mente que tal instituto não deve ser entendido como um “*cheque em branco aos credores supostamente prejudicados*” (BARBOSA, 2017, p. 51-96), pois é instrumento excepcional, a partir do cumprimento de suas condições, “*pautado pela necessidade de demonstração minimamente indiciária dos abusos perpetrados pelos sócios em detrimento ou sob o falso escudo formal da pessoa jurídica*” (BARBOSA, 2017, p. 51-96), com o que estamos plenamente de acordo. Nesse sentido, atual e oportuna a ressalva expressa em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Para aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002), **exige-se a comprovação de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade (ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros) ou confusão patrimonial, requisitos que não se presumem mesmo em casos de dissolução irregular ou de insolvência da sociedade empresária.** (REsp 1.526.287/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/5/2017; REsp 1.315.166/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 26/4/2017; e AgInt no AREsp 472.641/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 05/04/2017). [...] Afastada a preclusão indevidamente aplicada na origem, deve ser garantida aos sócios a possibilidade de produzirem prova apta, ao menos em tese, a demonstrar a ausência de conduta abusiva ou fraudulenta no uso da personalidade jurídica, sob pena de indevido cerceamento de defesa.” (STJ, 3ª T., Resp. n. 1.572.655-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/3/2018, DJe 26/03/2018) – grifo nosso.

Dessa maneira, conforme já expusemos em publicação anterior, verificado “*o abuso ou a fraude por intermédio de uma pessoa jurídica, tem lugar, se limitada a responsabilidade de seus integrantes, a aplicação da doutrina do superamento da personalidade jurídica*” (ROCHA; ROCHA FILHO, 2018, p. 378), visando atingir e responsabilizar, pessoalmente, o verdadeiro sujeito da violação, do abuso ou da fraude: um sócio minoritário, um administrador, um sócio controlador. Mas, conforme indicado alhures, por vezes a desconsideração é confundida com outras situações e institutos, conforme se vê da redação do art. 34, da Lei n. 12.529/2011, *in verbis*:

“Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

Vê-se que ao tratar sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, o legislador pátrio tratou da questão da fraude ou abuso, mas especialmente em seu parágrafo único, elenca outras hipóteses, de responsabilidade ilimitada de sócio ou responsabilidade de administrador, falência e

<sup>11</sup> “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

insolvência, como sendo também, hipóteses de desconsideração, o que entendemos inadequado, assim como Ramos, vez que “*não condizem com as formulações doutrinárias que deram origem à disregard doctrine, prevendo a sua aplicação em casos para os quais o ordenamento jurídico já contém remédios eficientes*” (RAMOS, 2012, p. 404), que são as situações relacionadas a excesso de poder, prática de ilicitude (violando a Lei ou o ato constitutivo), ou até mesmo dissolução de sociedade, conforme será exposto a seguir.

## 2.1 A desconsideração da personalidade jurídica x responsabilidade ilimitada de sócio

Além da importância da busca pelo conceito da desconsideração, especialmente a partir do disposto no art. 50, do Código Civil, outro importante cuidado é o de não confundir a situação do referido artigo com a eventual responsabilidade ilimitada que pode recair sobre um sócio, em razão do tipo societário que integra, vez que “*quanto à responsabilidade dos sócios, as sociedades podem ser agrupadas em Limitadas, Ilimitadas e Mistas. Mas, atente-se bem: quanto à responsabilidade dos sócios*” (ROCHA; ROCHA FILHO, 2018, p. 351), pois as sociedades sempre terão responsabilidade ilimitada por suas obrigações.

Dessa forma, em se tratando de sócio com responsabilidade ilimitada, que, por isso, também é responsável pelas obrigações sociais – v.g., sócios de uma sociedade em comum; ou sócio ostensivo, em uma sociedade em conta de participação –, não devemos pensar em desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio particular do sócio, pois nesse caso os sócios são solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais, sem necessidade de se lançar mão da desconsideração. Veja-se:

“Tratando-se de **regra de exceção**, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial. 2. **O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica**, nos termos do Código Civil. 3. Embargos de divergência acolhidos.” (STJ, 2ª Seção, EREsp 1.306.553/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 10/12/2014, DJe 12/12/2014) – grifo nosso.

“Consoante se observa nos autos, a decisão agravada adotou como tese a impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica fundamentada unicamente na dissolução irregular do ente coletivo. Nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que, tratando-se de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, **é vedada a desconsideração da personalidade jurídica fundada unicamente na dissolução irregular da empresa, devendo haver elementos que atestem o abuso da personalidade configurado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do CC/2002.**” (STJ, 4ª T., Ag. no Resp. 347.476 – DF, re. Min. Raul Araújo, j. 5/5/2016) – grifo nosso.

Portanto, a situação de irregularidade da sociedade não deve ser entendida, por si só, como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. Mesmo porque, se a sociedade está irregular,

haverá a responsabilização ilimitada dos sócios da sociedade, ante a despersonalização desta, em razão de sua irregularidade:

"EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Embora não preenchidos os requisitos do artigo 50, do Código Civil, restou configurado o **encerramento irregular da empresa devedora [...] Possibilidade de inclusão dos sócios no polo passivo, em razão da responsabilidade solidária e ilimitada**, como já previa o artigo 10 do Decreto n.º 3.708/19, reiterado pelo artigo 1.080 do Código Civil." (TJSP, AI n. 0028934-17.2013.8.26.000, j. 5/6/2013) – grifo nosso.

Há autores, inclusive, que defendem que tendo em vista que a sociedade em comum é despersonalizada, a “*consequência da falta de personalidade jurídica [...] deveria acarretar, em tese, a responsabilidade ilimitada e direta dos seus sócios pelas obrigações sociais*” (RAMOS, 2012, p. 228), em que pese o Código Civil ter definido que a responsabilidade é ilimitada, mas *subsidiária*, definindo a responsabilidade ilimitada e direta “*somente do sócio que contratou pela sociedade*” (RAMOS, 2012, p. 228).

Nesse ponto, mister notar a diferença entre a despersonalização – que pode ser resumida na ausência de personalidade –, e a desconsideração, que se alinha ao afastamento momentâneo da personalidade, que, por óbvio, existe – para poder ser afastada –, e continua existindo após a aplicação da desconsideração. Nesse sentido, veja-se:

**“A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica**, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos.” (STJ, 4ª T., Resp. 1.729.554/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8/5/2018, Dje 6/6/2018) – grifo nosso.

Não obstante, diversos julgados vinculam desconsideração e despersonalização, ainda que sutilmente, em que se nota uma indesejável confusão entre os temas, indicando que a dissolução irregular autorizaria a desconsideração da personalidade jurídica:

“Do **encerramento irregular** da empresa presume-se o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial, apto a embasar o **deferimento da desconsideração da personalidade jurídica** da empresa, para se buscar o patrimônio individual de seu sócio” (STJ, 3ª T., REsp 1259066/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/6/2012) – grifo nosso.

“A **desconsideração da personalidade jurídica**, com a conseqüente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional sendo apenas admitida em caso de evidente caracterização de desvio de finalidade, confusão patrimonial ou, ainda, conforme reconhecido por esta Corte Superior, nas hipóteses de **dissolução irregular sem a devida baixa na junta comercial**” (Precedentes: REsp 1.169.175/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/2/2011, DJe 4/4/2011; AgRg no Ag 867.798/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 3/11/2010) – grifo nosso.

De notar, nos casos destacados acima, que ambos se referem a situações de irregularidade das sociedades, por “*encerramento irregular*” ou “*dissolução irregular sem a devida baixa na junta comercial*” respectivamente, o que denota a confusão entre a ausência de personalidade – própria de uma sociedade em comum ou de fato, ou irregular –, e o afastamento momentâneo dela. Mesmo porque, na fase de dissolução regular de uma sociedade, esta ainda mantém sua personalidade jurídica. Sobre isso, veja-se um esclarecedor julgado a confirmar nosso entendimento, em que o Relator do acórdão destacou:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS QUE, EM VIRTUDE DA PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, A DISSOLVEM IRREGULARMENTE. SUFICIÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DESSE FATO. RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS RECONHECIDA NO DIREITO ANTERIOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.080 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO. [...] para o fim pretendido pela agravante é realmente desnecessária a decretação da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade por quotas, sendo a dissolução irregular considerada um ato ilícito dos sócios que deliberaram expressamente ou ainda, tacitamente porque sem audiência regular de todos os sócios”** (TJSP, 12ª Câmara, Dir. Privado, AI n. 0082703.08.2011.8.26.000, rel. Des. José Reynaldo, j. 15/6/2011) – grifo nosso.

Nesse julgado, o Desembargador relator cita o Enunciado n. 229, da III Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal, que dispõe:

“A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato tornar desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.”

Frisa-se, pois, que em inúmeros casos concretos, tal como o destacado acima, despendida a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, bastando a responsabilização ilimitada que recai sobre os sócios.

## 2.2 A desconsideração da personalidade jurídica x dissolução da sociedade

Não se deve confundir, outrossim, a desconsideração da personalidade jurídica com a dissolução da sociedade, vez que aquela – desconsideração –, não implica dissolução, liquidação ou extinção da pessoa jurídica, nem sua despersonalização. Afinal, a pessoa jurídica continuará existindo; apenas ocorrerá o afastamento momentâneo de sua personalidade jurídica, para que o patrimônio dos sócios, com responsabilidade limitada, seja alcançado para saldar dívidas por eles efetivamente contraídas, enquanto se valiam da sociedade como subterfúgio, de forma que os efeitos da sua personalidade jurídica são mantidos para as outras relações jurídicas que envolvam a pessoa. “*É por isso que se critica a expressão despersonalização da pessoa jurídica, utilizada por alguns autores*” (RAMOS, 2012, p. 410).

O alerta de que não se trata de anular a personalidade jurídica já era feito há décadas por Requião, mas ainda se mostra oportuno, tal como destacado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ, em recente julgamento do REsp n. 1.729.554/SP:

“Esta é a doutrina de Rubens Requião sobre a natureza jurídica da desconsideração:

(...) a *disregard doctrine* não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É o caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos. (*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 410, dez., 1969, p. 14).” (STJ, 4ª T., Resp. 1.729.554/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8/5/2018, Dje 6/6/2018) – grifo nosso.

Em síntese, na desconsideração “*atinge-se a separação patrimonial no plano da eficácia, não a sociedade no plano da existência*” (SZTAJN, 1999, p. 81/97), o que a diferencia, pois, da dissolução ou extinção da sociedade, que visam extinguir a personalidade jurídica.

Afinal, pode-se entender a dissolução como sendo “*a primeira fase do processo de desaparecimento de uma sociedade empresária, significando que a sociedade parou de funcionar, deixou de exercer sua atividade. Porém, não perdeu, ainda, sua personalidade jurídica.*” (ROCHA; ROCHA FILHO, 2018, p. 483). Apesar de, nesse momento de dissolução, a sociedade ainda permanecer existindo, com sua personalidade jurídica, ela não deve continuar exercendo sua atividade, vez que deve ser dada continuidade ao processo de extinção dela, iniciado pela dissolução, para que sejam ultimados seus negócios, visando à sua liquidação e extinção. Cumpridos esses passos, a sociedade deixará de existir efetivamente, e será extinta sua personalidade jurídica.

### 2.3 A desconsideração da personalidade jurídica x responsabilização de administrador

A desconsideração também não se confunde com a eventual responsabilização de administrador, que age com culpa ou dolo nas suas funções, pois esse tema é *interna corporis*. O art. 158, da Lei n. 6.404/1976, das sociedades por ações<sup>12</sup>, prevê tal responsabilidade, de forma de devemos ter em mente os deveres previstos nos arts. 153 a 157, da referida lei, a saber: observar os limites da Lei e do estatuto; diligência; lealdade; não agir em conflito de interesses; informação. Em outra publicação, exemplificamos:

“Uma conduta prática que pode exemplificar a violação desses deveres pelo administrador, especialmente o de lealdade, é a prática de *insider trading*, que pode ser definido como o

<sup>12</sup> Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

aproveitamento e uso, pelo administrador, de informação restrita e relevante sobre o estado e os negócios da sociedade, a que teve acesso em razão de seu cargo, para negociar valores mobiliários emitidos pela sociedade que administra, antes da divulgação dessa informação aos acionistas, investidores ou operadores do mercado, evidenciando um privilégio indevido.” (ROCHA; ROCHA FILHO, 2018, p. 443).

Apesar de o resultado buscado não vincular o administrador – vez que sua obrigação é de meio e, não, de fim –, ele responderá, civilmente, pelos prejuízos que eventualmente causar, quando agir com culpa ou dolo, dentro de suas atribuições ou poderes, tendo responsabilidade (*interna corporis*) perante a sociedade por ele administrada. Nesse caso, será cabível ação de responsabilidade da companhia contra o administrador, nos termos do art. 159, da Lei n. 6.404/76<sup>13</sup>, sem se falar em desconsideração da personalidade jurídica, portanto.

#### 2.4 A desconsideração da personalidade jurídica x insolvência ou ausência de bens do devedor

Nesse ponto, interessante notar que, apesar de o tema ser frequentemente relacionado à inexistência de bens do devedor, ou à sua insolvência, isso não é requisito legal, tanto que parte da doutrina (RAMOS, 2012, p. 414) alerta expressamente sobre isso, defendendo a desnecessidade de comprovação de insuficiência patrimonial da pessoa jurídica, para autorizar a desconsideração – com o que estamos de acordo –, e conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

“A mera *demonstração de inexistência de patrimônio da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na Junta Comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica*” (STJ, 4ª T., Ag. no Resp. 347.476 – DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. 5/5/2016) – grifo nosso.

“[...] a existência de bens penhoráveis não é causa para se afastar, por si só, a aplicação do instituto, porquanto a desconsideração da personalidade jurídica pode ser decretada por causas não relacionadas ao patrimônio da sociedade. (STJ, 4ª T., Ag. em Resp. 687.293/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 4/10/2018, Dje 23/10/2018) – grifo nosso.

<sup>13</sup> L. n. 6.404/76, art. 159: “Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembleia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia-geral extraordinária.

§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia.

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral.

§ 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.

**“A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.”** (STJ, 4ª T., Resp. 1.729.554/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8/5/2018, Dje 6/6/2018) – grifo nosso.

Por todo o exposto, vê-se que a insolvência, por si só, não deve ser considerada causa para a aplicação da desconsideração, mesmo porque a desconsideração da personalidade jurídica independe de prova da insolvência, pois o que deve ser apurado e provado é o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, caracterizadores do abuso de personalidade. Da mesma maneira, isoladamente, a constatação de insuficiência de patrimônio da sociedade – desacompanhada de prova de prática de ato abusivo ou fraudulento – não deve autorizar a desconsideração da personalidade jurídica.

### 3 DA ADEQUADA APLICAÇÃO DO INSTITUTO

A partir das ressalvas e diferenciações feitas anteriormente, nota-se a necessidade de os magistrados estarem atentos para não aplicar, indiscriminadamente e sem rigor técnico, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Afinal, conforme exposto alhures, amiúde recorre-se à desconsideração desnecessariamente, pois as soluções mais apropriadas seriam relacionadas à responsabilização ilimitada já existente, em razão do tipo societário, da irregularidade do exercício da atividade econômica, ou à responsabilização pessoal dos administradores por ato contrário à Lei, ao contrato ou ao estatuto. Afinal, a desconsideração da personalidade jurídica não deve ser confundida com a responsabilidade ilimitada que recai, automaticamente, sobre um sócio (sociedade em nome coletivo, sociedade em comum, de fato ou irregular), nem com as situações que autorizem a responsabilização pessoal dos administradores, conforme disposto no art. 158, da Lei n. 6.404/76<sup>14</sup>.

Abaixo, um caso em que consideramos adequada a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal de origem, analisando pormenorizadamente a prova dos autos concluiu por manter a desconsideração da personalidade jurídica para atingir as empresas ora recorrentes uma vez que assentou haver **farta comprovação de abuso de personalidade jurídica em razão do desvio de finalidade e confusão patrimonial**, na forma do art. 50 do Código Civil, assim como a **reiterada obstaculização, pela executada, ao cumprimento da decisão condenatória por meio da blindagem da personalidade jurídica**. 2. Dessa forma, observa-

<sup>14</sup> L. n. 6.404/76, art. 158. “O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou do estatuto.”

se que o Tribunal de origem analisou a prova dos autos para *concluir acerca da intrínseca relação entre as empresas, caracterizada pelos sócios, diretores e procuradores em comum, bem como mesmas atividades a se caracterizarem como componentes de um grupo econômico familiar, com desvio de finalidade e confusão patrimonial para o mau uso das empresas criadas*. 3. Nesse contexto, o acolhimento da pretensão recursal exigiria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, atraindo o óbice da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno não provido.” (STJ, 4ª T., AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp n. 983.360/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/10/2017, DJe 13/10/2017) – grifo nosso.

Apesar de o objetivo deste trabalho ser uma análise material, vale registrar que a partir da vigência da Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), com a normatização do *Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*, regulado nos arts. 133 ao 137, a normatizar os aspectos processuais de tal medida, é possível que tal regramento contribua para uma adoção e aplicação mais criteriosa, pois com essas novas regras, o Brasil passa a contar com normas procedimentais mais específicas para a desconsideração da personalidade jurídica.

Seguindo esse raciocínio, é sempre oportuno ter em mente que a aplicação do referido instituto não deve ser entendida como ato arbitrário do juiz, vez que devem ser observadas as formalidades legais para sua adequada adoção, sob pena do uso indiscriminado tornar-se regra e, conseqüentemente, tornar-se um grande obstáculo ao empreendedorismo, especialmente quando se está diante de relações consumeristas, por exemplo, em que é possível a aplicação do disposto no art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)<sup>15</sup>. Sobre isso, Chagas faz importante alerta sobre tal dispositivo:

“[...] sua redação chega a ser um obstáculo ao empreendedorismo, pois o legislador estabeleceu que os sócios sejam atingidos em seu patrimônio, ‘sempre que, de alguma forma’, houver dano causado ao consumidor. A regra é precipitada, assustadora e exterminadora da possibilidade de se exercer a atividade econômica com a segurança decorrente da proteção do patrimônio pessoal. [...]”

Proteger o consumidor é necessário, todavia também é necessário garantir a atividade produtiva, estimulá-la e protegê-la, pois a todos (Estado, Mercado, Empregados, Consumidores, Coletividade) interessam a constituição e a preservação das pessoas jurídicas produtivas.” (CHAGAS, 2016, p. 347/348).

Destacamos, a seguir, julgado em que várias das questões tratadas até aqui são sintetizadas na ementa:

“RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO. REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL. DESCONSIDERAÇÃO COM

<sup>15</sup> L. n. 8.078/90, art. 28: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

*Omissis.*

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

BASE NO ART. 50 DO CC/2002. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO. 1. *A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos.* 2. O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137) 3. Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão. 4. *Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material*, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual. 6. *Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.* 7. *A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.* 8. Recurso especial provido.” (STJ, 4ª Turma, REsp 1729554/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8/5/2018, DJe 6/6/2018) – grifio nosso.

Chagas explica que o disposto no art. 50, do Código Civil – em consonância com a obra de Rolf Serick –, possibilita a mitigação dos efeitos decorrentes da personificação, em situações em que seja identificável o “*uso indevido do ente coletivo ou a negação do princípio da autonomia patrimonial*”, momento em que seria “*não identificável uma linha divisória entre o patrimônio particular dos sócios e o patrimônio da sociedade*” (CHAGAS, 2016, p. 343).

Nesse ponto, oportuna a relação da desconsideração da personalidade jurídica com a intencional subcapitalização societária pelos sócios. Albergaria Neto e Cateb ensinam que poder-se entender a subcapitalização societária como “*fruto do descompasso contábil entre o passivo e o ativo*”, sendo visível quando “*o capital social não é proporcional ao objeto social*”, situação que revelaria “*desobediência ao princípio da adequação do capital social*” (ALBERGARIA NETO; CATEB, 2017, 503-518), informação que deve ser de conhecimento dos sócios, para que seja retificada, sob pena de – caso os sócios permaneçam inertes – tal conduta autorizar a desconsideração, ensejando a responsabilidade dos sócios

Nesse sentido, Barbosa explica que tal ato poderia ser uma manobra fraudulenta “*por vias transversas ou menos aparentes*” (BARBOSA, 2017, p. 51-96). Esse raciocínio possibilitaria a aplicação do instituto – desconsideração –, em variadas situações em que se configure a intencional subcapitalização societária pelos sócios. A dificuldade poderá se revelar na prática, amiúde, pela forma subreptícia dessa subcapitalização, o que demandaria a fixação de parâmetros do que se entende, no caso

concreto, como sendo uma adequada capitalização societária, tanto sob a ótica contábil, como também sob a ótica do mercado em que a pessoa jurídica atua.

Mas, independentemente do critério, frisa-se que isso não é sinônimo de comprovação da insolvência jurídica, por ser, em verdade, “*manifesta incongruência entre o capital social e o objeto social*” (ALBERGARIA NETO; CATEB, 2017, 503-518), fato determinante para se afastar a autonomia patrimonial da sociedade, que poderia ser confirmado por alguns outros aspectos, tal como indicado por Diniz, a saber: adoção de um “*tipo societário com limitação de responsabilidade*”, ausência de capitais próprios “*suficientes para financiamento das necessidades da atividade*”, “*utilização de capitais de terceiros em desequilíbrio com capitais próprios*” (DINIZ, 2012, p. 182). Isso, porque, quanto ao primeiro aspecto, deve-se ter em conta que o tipo societário que gera responsabilidade limitada aos sócios – tais como a sociedade limitada e a anônima –, é o que enseja a separação patrimonial da sociedade e dos sócios, o que é necessário para se cogitar a desconsideração, conforme exposto anteriormente; no tocante ao segundo aspecto, a ausência de capitais próprios, para custeio da empresa poderia denotar desequilíbrio financeiro, com iminente risco de perda do crédito; assim, como o terceiro aspecto, pois a exagerada necessidade de recursos de terceiros poderá ocasionar desequilíbrios com o capital próprio, vez que a necessidade de remuneração e devolução dos valores a terceiros pode impor endividamentos.

Ainda sobre a questão do capital próprio, é preciso ter em mente que a constituição da sociedade pressupõe reunião de recursos que formarão seu capital social, mas que, embora seja essencial nesse momento, não se limita unicamente ao nascimento da sociedade. Barbi explica:

“Em verdade, o capital social constitui a medida da contribuição dos sócios para o fundo social, seja contemporânea ou superveniente à sua constituição, em troca de quotas de participação no empreendimento, com função de promover o melhor desenvolvimento dos negócios sociais. Seus efeitos, de ordens absolutamente distintas, serão o de servir de parâmetro à medida do desempenho econômico e, eventualmente, regular as relações internas de poder da sociedade.” (BARBI, 2007, p. 7/8)

A ideia é que a pessoa jurídica seja a proprietária de todo o seu patrimônio, incluído o capital social, vez que a autonomia patrimonial é um atributo da personalidade. Dessa forma, no momento da integralização das quotas ou ações pelo sócio, “– *seja em dinheiro e/ou outros bens, móveis, imóveis ou semoventes, corpóreos ou incorpóreos* –, *transfere, via de regra, tais bens à propriedade da sociedade*” (ROCHA; ROCHA FILHO, 2018, p. 393). Mas, também tendo claro que o natural é que o capital social coincida com o patrimônio ou fundo social somente na constituição da sociedade – vez que capital social é um instrumento formal, e que o patrimônio é formado pelos direitos e bens da sociedade –, a tendência é que o capital social e o patrimônio não se equivalham, com o passar do tempo (BARBI, 2007, p. 8/9). E isso, frequentemente, não será indício de subcapitalização.

Porém, interessante notar as seguintes situações: no momento da constituição da sociedade, os sócios, ao invés de promoverem uma adequada subscrição e integralização do capital social, tendo em vista o objeto da sociedade, preferem indicar um inadequado capital social nominal no ato constitutivo. Trata-se de medida comum no cotidiano societário a fixação de capital social quase módico, se comparado ao ramo de atividade e ao objeto desenvolvido. Haveria, nessa situação – capital social nominal irrisório –, ampliação do risco dos eventuais credores, quanto ao recebimento de seus créditos?

Ainda que não tenha sido definido o capital social módico no ato constitutivo, ao longo da vida da pessoa jurídica podem surgir situações que justifiquem o aumento do capital social – o que pode ser feito a qualquer tempo pelos sócios, para “*financiamento da sociedade; adequação às necessidades do mercado, para participar de licitações, etc.*” (ROCHA; ROCHA FILHO, 2018, p. 395). Mas, nesse caso, os sócios decidem transferir em favor da sociedade os recursos de que ela necessita, mas tão somente a título de empréstimos a ela, de forma que tais valores não serão considerados patrimônio da pessoa jurídica. Isso evidenciaria se a pessoa jurídica utiliza recursos próprios no desenvolvimento de sua empresa, tendo patrimônio real, ou se depende muito de recursos alheios, tal como proposto acima. Haveria, nessa situação, – forte dependência de recursos de terceiros – ampliação do risco dos eventuais credores, quanto ao recebimento de seus créditos?

Entendemos que ambas implicam aumento do risco dos eventuais credores, quanto ao recebimento de seus créditos, o que poderia autorizar a aplicação da desconsideração, por vincular-se à fraude e/ou ao abuso da personalidade jurídica. Mas, mesmo nesses casos, é preciso cuidado, pois é certo que, inicialmente, o capital social nominal pode ser modesto, da mesma forma que se pode lançar mão, oportuna e adequadamente, de capital de terceiros, para acelerar os negócios, sem que isso seja indício de fraude, confusão patrimonial, nem leve, necessariamente, ao superendividamento.

Finalmente, mister notar que os efeitos da desconsideração, uma vez deferidos, não devem recair indiscriminadamente sobre os sócios e/ou administradores da sociedade, mas apenas sobre quem participou e/ou se beneficiou do uso abusivo da personalidade jurídica. Ramos exemplifica:

“[...] verificada a confusão patrimonial entre a sociedade e um de seus sócios, no nome de quem estão registrados veículos usados na atividade da sociedade, a decretação da desconsideração da pessoa jurídica deve atingir apenas esse sócio, fazendo a execução recair apenas sobre aqueles bens que caracterizam a confusão patrimonial (no caso, os veículos).” (RAMOS, 2012, p. 410).

As novas regras formais sobre o tema, reguladas no CPC de 2015, podem favorecer o aprimoramento e o uso racional do instituto, e, em que pese o receio de que possa mostrar-se mais lento, em razão das formalidades criadas, em verdade evitará práticas diversas quanto ao instituto da desconsideração, o que, amiúde, implicava atrasos processuais e, quiçá, insegurança jurídica, pois o uso

da desconsideração de forma indiscriminada, sem critérios objetivos, “faz com que nos dias atuais exista uma crise da personalidade jurídica das sociedades empresárias, trazendo uma insegurança aos sócios” (ALBERGARIA NETO; CATEB, 2017, 503-518), e aumentando, desnecessariamente, os riscos da atividades empresarial.

#### 4 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, evidenciou-se que, no aspecto material, a desconsideração da personalidade jurídica – que visa tornar possível o superamento, pelo juiz, da personalidade jurídica, para, pontual e episodicamente, combater a fraude ou o abuso cometidos por um dos sócios ou pelos sócios, valendo-se da pessoa jurídica –, é medida valiosa e se mostra oportuna quando o sócio ou os sócios se valem da pessoa jurídica como escudo para cometer fraudes ou abusos.

Em que pese o valor desse instituto para os credores, não se pode olvidar que se trata de medida aguda, que deve, pois, ser utilizada com bastante critério, para que sua aplicação seja oportuna, o que ocorrerá quando presente o abuso sustentado em dolo, fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, com a finalidade de prejudicar terceiros. E isso, não necessariamente, implicará a responsabilização dos sócios pela simples dissolução da sociedade, ou pela insolvência ou inexistência de bens do devedor, muito menos em casos de responsabilização de administrador, nem responsabilização de sócio em sociedade de responsabilidade ilimitada. É preciso ter isso claro, pois o uso adequado da desconsideração da personalidade jurídica favorecerá a segurança jurídica, contribuindo, por esse caminho, para o respeito à norma casuisticamente.

#### REFERÊNCIAS

ALBERGARIA NETO, Jason Soares de; CATEB, Alexandre. **A subcapitalização como critério para desconsideração da personalidade jurídica**. P. 503-518. In: *CAD 20 anos: tendências contemporâneas do Direito*. AMARAL, Paulo Adyr Dias do; RODRIGUES, Raphael Silva (Coords.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BARBOSA, Henrique Cunha. **Usos e desusos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. In: *Os impactos do novo CPC no direito empresarial*. Orgs. PERRUCCI, Felipe Falcone; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; LEROY, Guilherme Costa. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 51-96.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 12 ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar.

CHAGAS, Edilson Eneidino das. **Direito empresarial esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de direito do consumidor completo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial esquematizado**. 2 ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROCHA, Gustavo Ribeiro; ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial – teoria geral da empresa, direito societário, títulos de crédito, falência e recuperação de empresas**. 5 ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SZTAJN, Rachel. **Sobre a desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 88, v. 762, p. 81/97, 1999.

# DA PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DO PRESO

## *THE PRISONERS INTEGRITY PROTECTION*

*Lícia Jocilene das Neves<sup>16</sup>*

Artigo recebido em: 20/11/2018.

Artigo aprovado em: 17/12/2018.

**Resumo:** A presente comunicação visa analisar o direito à integridade física e moral do preso conforme os preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e os previstos na Lei de Execução Penal. Tem-se por objetivo geral analisar as condições humanas de convivência e sobrevivência do preso e por objetivos específicos visa-se verificar as condições de salubridade adequadas à vida humana e pesquisar as condições exigidas nas dependências coletivas que atendam aos propósitos da individualização da pena. Pretende-se responder ao seguinte questionamento: como atender aos direitos à integridade física e moral dos presos e à dignidade da pessoa humana diante das condições caóticas observadas no sistema prisional brasileiro? Nesse sentido, a pesquisa será qualitativa, descritiva e bibliográfica, tendo como principais fontes a constituição brasileira, a Lei de Execução Penal, as doutrinas disponíveis sobre o assunto, utilizando como método de pesquisa o indutivo baseado em problemas como superlotação, insalubridade e violência observadas nos estabelecimentos prisionais nacionais. Apesar da sociedade brasileira e das autoridades governamentais entenderem que a prisão é uma medida justa de punição, representa, na verdade, um entrave à recuperação do preso.

**Palavras-chave:** Sistema prisional brasileiro; integridade física e moral; lei de execução penal.

**Abstract:** This communication intends to analyze the physical and moral integrity protection of the Brazilian prisoners under the 1988 Brazilian Constitution and under the Criminal Enforcement Law. The main objective in this regard is to analyze the human coexistence and human survival conditions and it has as specific objectives to verify if collective cells meets to health requirements and meets to the personalization of penalties purposes. It also intends to answer to the following question: how is it possible to regard detainees and convicts physical and moral integrity rights and the dignity of human beings in the face of the current Brazilian's prison system situation? Within the present document restricts it will be conduct a qualitative, descriptive and bibliographical research based on the Brazilian constitution, the criminal enforcement law in addiction of the available legal doctrines on the subject, using an inductive research method based on overcrowding, unhealthy and violent environment as observed in Brazilian's prison system. Although the Brazilian society and the government authorities have believed that custodial penalty is a fair justice measure, it has meant a major impediment to recovery of detainees and convicts.

**Keywords:** Brazilian's prison system; physical and moral integrity; criminal enforcement law.

---

<sup>16</sup> Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC (FUMEC), Belo Horizonte-MG, Brasil. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG), Belo Horizonte-MG, Brasil. Professora da graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte-MG, Brasil

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o momento que a pena privativa de liberdade se tornou um instrumento usual de punição e submissão ao Estado, viu-se a necessidade de instituir estabelecimentos que possibilitassem o alojamento dos condenados à prisão e dos presos provisórios como forma de vigiá-los a todo tempo que durasse a condenação. O modelo inicialmente proposto para o sistema prisional não foi capaz de atender as finalidades da pena conforme observado em cada período da história. Visava-se a regeneração do preso pelo seu isolamento nas celas com o intuito da reflexão. No entanto, o que se viu acontecer foi o crescimento da população prisional, seja pelo aumento da criminalidade, seja pela diminuição da aplicação das penas de morte e dos suplícios.

No Brasil, a aplicação da pena privativa da liberdade como regra, e não como exceção, aliada aos altos índices de presos provisórios, aos problemas de má distribuição de renda, à distinção das oportunidades sociais, da reincidência e do crescimento da criminalidade, resultou em um grave problema de superlotação dos sistemas prisionais e, conseqüentemente, na violação dos direitos à integridade física e moral, bem como acarretou uma convivência não pacífica e indigna nas prisões brasileiras.

Apesar da constituição brasileira de 1988 estabelecer direitos fundamentais aplicáveis a todos aqueles que estejam em seu território nacional e da lei de execução penal regular as condições mínimas exigíveis para cada espécie de estabelecimento prisional previsto em seus dispositivos, não há respeito aos instituídos preceitos. Políticas criminais no sentido de a lei penal se tornar ainda mais rigorosa não tem mostrado diminuição nos índices de criminalidade. Neste sentido, a construção de novos presídios para acolher os presos excedentes ao número de vagas disponíveis é uma medida paliativa que não impedirá nem a reincidência no crime e nem a superlotação dos novos presídios.

No entanto, apesar de a prisão não atender aos propósitos da recuperação do infrator, vistos os índices sempre crescentes da reincidência, observa-se que a sociedade brasileira, na sua grande maioria, apóia a aplicação de penas mais rigorosas e severas aos presos, bem como entende que a prisão é uma medida justa de punição.

Com o objetivo de melhor compreensão e análise das condições precárias e desumanas apresentadas pelos estabelecimentos prisionais, bem como a violação dos direitos à integridade física e moral dos presos, a pesquisa será descritiva, qualitativa, bibliográfica, tendo como principais fontes a Constituição brasileira de 1988, a Lei de Execução Penal (LEP/Lei nº 7.210/84) e doutrinas disponíveis relativas ao direito constitucional, direito penal e direito processual penal. O método de pesquisa será o indutivo, visto que a análise do proposto tema se baseará em problemas como a superlotação, a insalubridade, insegurança, violência, enfim condições subumanas que atingem os estabelecimentos prisionais brasileiros de forma geral.

Com o objetivo de analisar a concepção errônea da prisão como uma forma de se humanizar o direito de punir do Estado, diante dos suplícios, torturas e morte aplicados anteriormente como punição aos infratores e com o propósito de melhor compreender a violação do direito à integridade física e moral do preso, o proposto tema será apresentado da seguinte maneira: primeiramente, se descreverá as finalidades da pena e evolução de sua execução para melhor se compreender como a pena privativa de liberdade se tornou a pena por excelência. Em seguida, se descreverá, brevemente, a evolução do sistema prisional, bem como a sua decadência funcional. No capítulo seguinte, se analisará o sistema prisional brasileiro e os preceitos legais constitucionais e infraconstitucionais referentes à execução da pena privativa de liberdade e a violação a tais preceitos. E, finalmente, se concluirá a pesquisa, pretendendo-se descrever como seria viável se ajustar a necessidade de se executar a pena privativa de liberdade às condições de sobrevivência e convivência humanas dignas nas prisões brasileiras, contrariamente ao caos observados em estabelecimentos prisionais, resultando em verdadeiros depósitos de seres humanos cerceados de sua liberdade pela prática de delitos.

## **2 FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA PENA**

Com o objetivo de se analisar o porquê da pena privativa de liberdade ter se tornado a pena por excelência dentre as espécies previstas na legislação, propõe-se a compreensão da evolução da sua aplicação mediante a análise de suas finalidades e fundamentos segundo as teorias absoluta, relativa e unificadora da pena.

### **2.1 Teoria absoluta da pena**

Inicialmente, as penas eram verdadeiros suplícios corpóreos e cruéis executados em público para que os indivíduos pudessem assistir ao sofrimento do condenado e ficassem horrorizados e intimidados em relação a transgressão da lei. Conforme explica Michel Foucault (2013, p. 57),

(...) mas nessa cena de terror, o papel do povo é ambíguo. Ele é chamado como espectador: é convocado para assistir às exposições, às confissões públicas; os pelourinhos, as forcas e os cadafalsos são erguidos em praça pública. (...) As pessoas não só têm que saber, mas também ver com seus próprios olhos. Porque é necessário que tenham medo; mas também porque devem ser testemunhas e garantias da punição e porque até certo ponto devem tomar parte dela.

Ainda segundo o entendimento do supracitado autor,

(...) a atrocidade que paira sobre o suplício desempenha, portanto um duplo papel: sendo princípio da comunicação do crime com a pena, ela é por outro lado a exasperação do castigo em relação ao crime.

Realiza ao mesmo tempo a ostentação da verdade e do poder; é o ritual do inquérito que termina e da cerimônia onde triunfa o soberano. (FOUCAULT, 2013, p. 55).

Observa-se que em um primeiro momento, segundo a teoria absoluta da pena, a prática de um delito significava desrespeitar o soberano. A pena tem um caráter retributivo, ou seja, pune-se o infrator como forma de castigá-lo pelo mal cometido. A lei determinada e imposta por um soberano correspondia, nesse período da história, à própria vontade divina. O soberano como uma representação divina no plano físico, diante de um afrontamento aos ditames de uma força superior e poderosa, deve castigar impiedosamente o infrator, impedindo, assim, que tal força suprema lançasse sua ira sobre os seus súditos, ora na forma de tempestades, de pragas, ou mediante escassez de chuva, doenças ou qualquer outro mal físico que pudesse comprometer a sobrevivência de um povo, inclusive a do soberano. Para que o mal não se apoderasse de seu povo, pune-se pela simples desobediência da lei. Não se fundamenta o porquê da pena, apenas se pune com receio de um mal supremo.

No final do século XVIII, as leis não são mais elaboradas segundo uma ordem suprema, mas sim pelos próprios homens. Não mais se pune um infrator, porque simplesmente desobedeceu a vontade do soberano, mas porque com a infração penal há uma violação da norma legal, que não mais representa a vontade divina, mas, sim, a vontade geral dos homens. Este período é característico do iluminismo e antropocentrismo, ou seja, prevalece a vontade dos homens e suas próprias leis sobre a vontade e as leis de um ser divino.

Posteriormente ao entendimento que as leis representam a vontade dos homens e por isso deve-se punir um infrator, viu-se uma finalidade diversa para a aplicação da pena. Pune-se aquele que infringe uma lei, não porque desrespeitou a vontade geral, mas, sim, porque desobedeceu toda uma ordem jurídica estabelecida. A prática de um delito resulta um sentimento de insegurança de seus cidadãos. Portanto, aplica-se a pena como forma de se reparar o dano causado à sociedade, restabelecendo a ordem jurídica, fator determinante da segurança de um povo em seu Estado e líderes, representantes do poder de um povo e da sua força.

Necessário se faz destacar que a pena não deve visar apenas restabelecer a ordem jurídica ou a vontade do seu povo. É importante também se voltar para aquele que pratica a infração, atuando de maneira a evitar a prática de novos delitos e a própria reincidência de um infrator. Este objetivo será observado pela própria mudança no entendimento quanto às finalidades e fundamentos da pena. Por esse motivo destacam-se as teorias relativas que agora se descreve.

## **2.2 Teorias relativas**

A pena aplicada ao infrator, segundo as teorias relativas da pena, não deve ser um instrumento de retribuição pelo mal praticado e, sim, deve prevenir a prática de novos delitos, utilizando-se da intimidação, ou da conscientização do infrator da necessidade de se respeitar a lei, ou no caso dos delinquentes, de instrumentos visando a ressocialização ou até a neutralização dos incorrigíveis. Esses instrumentos serão analisados nas teorias da prevenção geral (positiva e negativa), prevenção especial (positiva e negativa).

A teoria da prevenção geral positiva propõe que o respeito à norma legal seja uma forma de “estabilizar e institucionalizar as experiências sociais”, conforme ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 160). A conduta “contrária à norma não a invalida, nem impede a sua manutenção, mas, sim, a reafirma”. (BITENCOURT, 2018, p. 160). Essa teoria é voltada à coletividade, aos homens em geral, infratores ou não. Fundamenta-se na idéia do homem ser um ser racional e ter liberdade de escolha, portanto, a partir do conhecimento da norma será capaz de escolher entre transgredir a norma ou não transgredir infringir. Visa desmotivar o indivíduo para a prática de um delito a partir do próprio entendimento da necessidade de se respeitar a norma. O fato do ser humano nem sempre ser capaz de entender todo o conteúdo de uma norma é um problema apresentada por tal teoria.

Aliada à prevenção geral positiva, visa-se, conforme a teoria da prevenção geral negativa, evitar a criminalidade pela coação ou intimidação do infrator mediante a ameaça da aplicação de uma pena. Contudo, da mesma maneira que a teoria anterior, a prevenção geral negativa apresenta fator desmerecedor de sua eficiência. Nem todo ser humano se sentirá intimidado pela possibilidade de imputação de uma pena pela conduta praticada.

Por outro lado, contrariamente às tais teorias citadas acima, a prevenção especial que também se classifica em positiva ou negativa, dirige-se diretamente ao delinquente, ou seja, àquele que já praticou um delito, no sentido de não mais voltar a delinquir. Neste sentido, a teoria da prevenção especial positiva contempla pela reabilitação social do infrator, seja pela reflexão a respeito do ato que praticou, seja pela oração, como aplicada nos primórdios dos sistemas prisionais, enquanto a prevenção especial negativa tem um caráter mais rigoroso na aplicação da pena, pois visa eliminar ou neutralizar a personalidade incorrigível do delinquente para o qual a pena não mais é uma ameaça capaz de intimidar. A neutralização pode ser pela prisão perpétua ou até pela aplicação da pena de morte o que não parece ser, de modo algum, um caminho viável.

Ambas as classificações da teoria da prevenção, segundo Cezar Roberto Bitencourt (2018), receberam críticas em referência às finalidades da pena propostas, quer seja pela intimidação, pela ponderação de valores, pela racionalidade humana, pela recuperação do delinquente ou mesmo pela neutralização dos incorrigíveis. Conforme o que ensina o supracitado autor, “tanto a teoria da prevenção geral quanto a especial não explicam o porquê da prática de um delito, por um sujeito culpável, é condição necessária da pena”. (BITENCOURT, 2018, p. 166),

Percebe-se, no século XX, um entendimento diverso quanto à aplicação da pena. Esta deve corresponder ao delito praticado e ser proporcional a sua gravidade. Tem-se, portanto, a teoria mista ou unificadora. Para Claus Roxin, a teoria unificadora “parte da diferenciação entre o fim da pena, que se impõe na valoração de um caso concreto, e o fim do direito penal”. (ROXIN, 1986, p.26 *apud* BITENCOURT, 2018, p. 167). Para o referido autor, a pena deve atender ao objetivo do Direito Penal, qual seja, o de proteger bens jurídicos, mantendo o caráter de culpabilidade do infrator como limite da aplicação da pena e sua finalidade preventiva.

Na teoria unificadora aplicam-se, simultaneamente, a retribuição, as teorias da prevenção geral e especial, com o objetivo de se prevenir a prática de novos delitos. Utiliza-se a pena como um instrumento de intimidação, de castigo, de recuperação ou neutralização dos incorrigíveis.

Observa-se que, nas palavras de Michel Foucault (2013, p. 217), a pena, aplicada de forma a cercar a liberdade do infrator, representa o “acesso à humanidade” em contraposição às penas corporais e cruéis aplicadas no período absolutista. A prisão é vista, a partir do final do século XVIII e no século XIX, como pena por excelência, até mesmo por não se conhecer, na instituição da justiça, uma outra forma de se punir o infrator.

Segundo entendimento de Francisco Bueno Arus citado por Bitencourt (1969, p.392, *apud* BITENCOURT, 2018, p. 179):

A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado e, do outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e preparação para a futura vida em sociedade.

A prisão, nos primórdios de sua utilização, propunha-se transformar o indivíduo, pois mediante o encarceramento podia-se “tornar dócil” o delinquente. A prisão era, simultaneamente, uma “medida de detenção corretiva e legítima”. (FOUCAULT, 2013, p. 219). Trata-se de um castigo, mediante a privação da liberdade do infrator, variando a sua intensidade, seus objetivos e técnicas de correção. Como bem dispõe Foucault,

(...) dispondo do tempo de seus detentos, a prisão, na sucessão dos dias, pode regular a ação humana referente ao seu tempo e qualidade de vigília e sono, na alimentação, no trabalho, na oração, na comunicação e principalmente regular o isolamento. Este último fator deve ser um instrumento positivo de reforma, condição primeira da submissão. (FOUCAULT, 2013, 223).

Analisadas as finalidades e fundamentos da pena, necessário faz-se descrever a evolução do sistema prisional e as principais características.

## **2 DOS PRIMÓRDIOS E EVOLUÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL**

Nos primórdios da utilização do sistema prisional, a prisão era, mediante a submissão do condenado e de imposição da reflexão, um instrumento de regeneração do condenado.

### **2.1 Sistema celular**

Os primeiros estabelecimentos prisionais instituídos nos Estados Unidos, próprios do sistema filadélfico, denominados de sistema celular, apresentavam como principais características o embasamento religioso, o isolamento em cela continuamente, a reflexão e a leitura da bíblia. (BITENCOURT, 2018). Impunha-se aos presos o silêncio total, excetuando-se a comunicação com os guardas prisionais. A oração e a reflexão sobre o delito praticado, durante o isolamento, eram os instrumentos utilizados para a regeneração do preso. No entanto, a regeneração não foi o resultado que se observou. Ao contrário, foi um fracasso devido ao aumento considerável da população prisional e da falta de condições humanas para subsistirem.

Posteriormente, com o intuito de resolver os problemas de crescimento da população encarcerada, dois novos estabelecimentos foram construídos, ainda nos Estados Unidos, porém seguindo a arquitetura proposta por Jeremy Bentham<sup>17</sup>. Nesse sistema prisional, gastava-se menos com a vigilância, pois era necessário um reduzido número de indivíduos para vigiarem muitos outros. (BITENCOURT, 2018).

Inicialmente, na primeira prisão, o isolamento e o silêncio eram absolutos e não se permitia o trabalho, nem na cela. Este mecanismo de submissão ao Estado mostrou-se inviável e nova penitenciária foi construída, permitindo-se certo trabalho. O isolamento se restabelecia durante os intervalos de trabalho, conjuntamente com a oração e reflexão. Da mesma forma não se conseguiu alcançar a regeneração do preso inicialmente proposta. Foi necessário se aplicar outra espécie de sistema que não representasse somente uma forma de dominação do Estado. (BITENCOURT, 2018).

No intuito de solucionar as falhas do sistema prisional celular conforme inicialmente concebido, ainda nos Estados Unidos, desenvolveu-se o sistema auburniano e na Inglaterra e Irlanda o sistema progressivo.

### **2.2 Sistema auburniano e sistema progressivo**

---

<sup>17</sup> Filósofo e jurista inglês que concebeu um sistema prisional ideal denominado Pan-óptico que “permitia a um único vigilante observar todos os prisioneiros, sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados”. Informação disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pan-%C3%B3ptico>>. Acesso em 17 nov. 2018.

No sistema auburniano, segundo os ensinamentos de Bitencourt (2018, p.176), os “presos foram divididos em três categorias: (...) velhos e persistentes delinquentes” (para os quais o isolamento era contínuo); os “menos incorrigíveis” (para os quais admitia-se o trabalho e o isolamento durava três dias na semana) e, por último, “os presumidamente corrigíveis, aos quais se aplicava o isolamento noturno e admitia-se o trabalho em conjunto, durante o dia”. Impunha-se o silêncio absoluto, permitindo-se a comunicação dos presos somente com os guardas, mediante “autorização e em voz baixa”. (BITENCOURT, 2018, p. 176).

Conforme ensinamentos de Michel Foucault (2013) o modelo pensilvânico e o modelo auburniano falharam no objetivo de conscientizar o detento da necessidade de se respeitar a norma legal. Ao contrário, não será o receio da punição que agirá sobre o detento, nem mesmo o respeito pela lei fora do estabelecimento prisional e, sim, “o trabalho de sua própria consciência. Antes uma submissão profunda que um treinamento superficial (...)”. (FOUCAULT, 2013, p. 224-225). Observa ainda o referido autor que no sistema celular “o trabalho é aí antes um consolo que uma obrigação”. (FOUCAULT, 2013, p. 225).

Seguidamente e se baseando nos alicerces do sistema auburniano que mostrava ser mais vantajoso economicamente que o sistema celular, visto que preparava uma força produtiva e permitia um número maior de encarcerados em seu sistema, evoluiu-se para o sistema progressivo. Neste sistema admitia-se que o preso voltasse à sociedade anteriormente ao previsto, porque a aplicação da pena e os benefícios dependiam da vontade do preso. Esta característica foi marcante no sistema progressivo inglês (mark system) e no sistema irlandês. (BITENCOURT, 2018).

No sistema inglês, a duração da pena dependia do próprio preso. De acordo com seu comportamento e seu trabalho diante do que lhe era imposto, conseguia créditos chamados de marcas. Quanto mais trabalho desenvolvesse mais conseguia marcas. Havia débitos também referentes às necessidades do preso como a alimentação. O que excedesse esse sistema de créditos e débitos deduzia-se a pena a ser cumprida. Nas palavras de Bitencourt,

O encarceramento no sistema inglês era dividido em três períodos: o primeiro consistia na reflexão do preso sobre o crime praticado, mediante isolamento na cela nos períodos diurnos e noturnos. O segundo período era caracterizado pela possibilidade do trabalho comum ao preso, em silêncio absoluto, durante o dia e o recolhimento individual no período noturno. Nesse período ainda havia a divisão dos presos em classes segundo o número de marcas que possuíam e depois, de certo tempo, os presos avançavam para a classe superior até que pudessem alcançar a classe mais avançada. Esta última classe, obtinham o direito à liberdade condicional que consistia em uma liberdade dependente do implemento de condições durante um certo período de tempo. (BITENCOURT, 2018, p. 180)

Visando preparar mais o preso para a liberdade, aperfeiçoando o sistema progressivo inglês, o sistema irlandês propôs mais um período entre a de prisão e a liberdade condicional. Caracterizava-se pela possibilidade do trabalho no próprio pátio do sistema prisional. Trabalhava-se ao ar livre e, geralmente em atividade agrícola. Após esse período, o

preso alcançava a liberdade condicional. Apesar de ter apresentado melhores resultados na redução da reincidência, entrou em crise devido às limitações que demonstrava. Para Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 181),

O maior inconveniente que tem o sistema progressivo clássico é que as demais etapas se estabelecem de forma rigidamente estereotipada (...). Parte de um sistema retributivo. Através da aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana pretende que o recluso alcance sua readaptação progressiva, por meio do gradual afrouxamento do regime, condicionado à prévia manifestação de “boa conduta”, que muitas vezes é só aparente.

Os sistemas celulares pensilvânico, o auburniano e o regime progressista representaram um avanço no sistema de aplicação da sanção penal quando permitiram que pessoas condenadas por delitos não fossem açoitadas, torturadas ou submetidas aos suplícios físicos. No entanto, falharam ao aplicar o isolamento contínuo, o silêncio absoluto e o trabalho somente quando fosse possível, impossibilitando o preso de se recuperar e, conseqüentemente, de se inserir na sociedade de forma mais racional e mais humana.

No Brasil, da mesma forma que os sistemas prisionais propostos anteriormente, não se recupera o preso, pois este encontra-se submetido à condições subumanas e não racionais.

Diante das falhas apresentadas no sistema prisional brasileiro, faz-se necessário descrever seu funcionamento, seus problemas e principalmente o desrespeito aos preceitos constitucionais e da Lei de Execução Penal, ou simplesmente LEP, Lei n. 7.210/84.

### **3 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

O sistema prisional brasileiro é composto por estabelecimentos que, segundo o artigo 33 § 1º, do Código Penal (BRASIL, 1940) e a LEP, nos artigos 87 ao 107 (BRASIL, 1984), alojam os condenados ao regime fechado de cumprimento de pena, ou seja, são próprios para aqueles indivíduos aos quais se aplicou pena privativa de liberdade superior a 8 anos de reclusão e aos reincidentes, denominados pela Lei de Execução Penal, no artigo 87, como penitenciária (BRASIL, 1984); as colônias agrícolas, industriais ou similares, segundo artigo 91, da LEP, que são estabelecimentos prisionais próprios para a execução de pena superior a 4 anos e inferior ou igual a oitos anos de reclusão ou detenção, desde que não reincidentes (BRASIL, 1984); a casa de albergado, conforme disposto no artigo 93, LEP, própria para o cumprimento da pena igual ou inferior a quatro anos de reclusão ou de detenção (BRASIL, 1984). Cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), na súmula 269, determinou que o reincidente condenado à pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos de reclusão ou detenção, poderá desde o início cumprir a pena em regime semiaberto, desde que as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, sejam favoráveis ao condenado. (STJ, 2002). Por fim, a Lei de Execução Penal, no artigo 102, também define a cadeia pública como estabelecimento próprio para o alojamento de presos provisórios. (BRASIL, 1984)

Segundo dados estatísticos coletados entre dezembro de 2015 (referentes a todo o ano de 2015) e junho de 2016, no sistema de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgado em 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a população carcerária brasileira equivale a 726.712 (setecentos e vinte e seis mil e setecentos e doze) indivíduos presos para 368. 049 (trezentos e sessenta e oito mil e quarenta e nove) vagas no sistema prisional brasileiro. Este número equivale a uma taxa de ocupação de 197,4% e defasagem de 358.663 (trezentos e cinquenta e oito mil e seiscentos e sessenta e três) vagas disponíveis nos sistemas penitenciários estaduais, carceragens em delegacias e penitenciárias federais. (DEPEN, 2016). Observa-se, também, pelos dados coletados que desde o início do ano 2000 até junho de 2016, houve um crescimento de 157 % na população carcerária brasileira, o que significa dizer que houve um “crescimento de 356,2 pessoas presas para cada 100.000 habitantes”. (DEPEN 2016).

O crescimento prisional excessivo e a falta de vagas são os principais fatores que resultam na superpopulação carcerária e, em consequência, refletem em violação a direitos fundamentais como a proibição do tratamento desumano e degradante e da proteção da integridade física e moral do preso, bem como violação de preceitos determinados na Lei de Execução Penal como o direito a unidade celular dotada de salubridade, lotação compatível com a estrutura e finalidade do estabelecimento prisional e adequada aos objetivos da individualização da pena, bem como resultam em condições de convivência não pacíficas entre presos. Esses são alguns dos graves problemas observados no cotidiano do sistema prisional brasileiro que não serão resolvidos com a construção de novas unidades prisionais, visto tratar-se de medida meramente paliativa.

Em referência aos problemas da superlotação, Andrew Colen, no artigo *A Human Rights Approach to Prison Management*<sup>18</sup>, publicado pelo Centro Internacional de Estudos Prisionais, em Londres, descreve que:

One of the major problems in many jurisdictions is the level of overcrowding. This is often worst for remand and pre-trial prisoners. Overcrowding can take different forms. In some cases it may mean that cells which were built for one person are used for multiple occupation. In the worst situations this can mean up to twelve or fifteen individuals in cells which are hardly eight square metres. In other circumstances it can involve up to a hundred individuals crammed into a larger room.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Gestão de presídios em termos de direitos humanos. (Tradução nossa)

<sup>19</sup> A superlotação de presídios é um dos maiores problemas de muitas jurisdições. Ainda é pior os casos de presos preventivos e os que aguardam julgamento. A superlotação pode ocorrer de várias formas. Em alguns casos, pode significar que celas que foram construídas para abrigar um preso são usadas como ocupação coletiva. Na pior das situações, pode abrigar doze a quinze pessoas em celas com menos de oito metros quadrados. Em outras situações pode haver até cem indivíduos amontoados em espaços maiores. (Tradução nossa)

Relatando sobre algumas consequências da superlotação de presídios em nível internacionall, Hans-Joerg Albrecht escreve em seu artigo *Prison Overcrowding – Finding Effective Solutions*<sup>20</sup>, em março de 2011, que:

Several effects of overcrowding may be distinguished. Overcrowding results first of all in a restricted living space and associated losses of privacy and human dignity (...). Then, overcrowding may result in a reduction of general services to be provided in a prison facility in order to comply with standards set for access to medical treatment, sanitary equipment and educational, training or rehabilitative programs.<sup>21</sup>.

Diante dos problemas supracitados, é imprescindível a descrição dos direitos fundamentais da integridade física e moral, da proibição da tortura e das condições mínimas exigidas pela lei de Execução Penal para as unidades celulares.

### **3.1 A Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal e a integridade física e moral do preso**

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XLIX, garante aos presos a integridade física e moral. (BRASIL, 1988). A integridade física do preso diante do direito de punir do Estado é validado na constituição brasileira, por vários de seus preceitos, como pela proibição do emprego da tortura, do tratamento degradante e desumano; pela proibição da aplicação de penas cruéis; pelo direito à liberdade provisória, com ou sem fiança; pelo direito de identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório; pelo direito do relaxamento da prisão quando o flagrante for ilegal; pela comunicação imediata da prisão ao juiz competente, à sua família; do direito ao silêncio e da individualização da pena.

Em relação à proibição da tortura, a Lei nº 9455, de 07 de abril de 1997, definiu como crime de tortura, no art. 1º, o ato de:

Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; para provocar ação ou omissão de natureza criminosa ou em razão de discriminação racial ou religiosa. (BRASIL, 1997).

Ainda conforme a referida lei, também responderá pelo crime de tortura aquele que:

<sup>20</sup> Superlotação prisional. Encontrando soluções efetivas. (Tradução nossa)

<sup>21</sup> Vários efeitos da superlotação podem ser observados. Primeiramente, a superlotação resulta em alojamentos restritos e perda da privacidade e dignidade humana. Então, a superlotação pode resultar na redução dos serviços básicos que devem ser oferecidos nas casas de detenção que cumpram com os padrões estabelecidos sobre tratamento médico, programa sanitário e educacional, treinamento ou programas de reabilitação.

§ 1º Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo;

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. (BRASIL, 1997)

Percebe-se pelo texto da Lei 9.455/97 que o legislador infraconstitucional, ao definir o do crime de tortura, garantiu ao indivíduo, esteja ele livre ou sob a custódia do Estado, proteção contra qualquer ato atentatório à sua integridade, seja física ou mental, quer constringendo o indivíduo, pela coação física ou moral, quer por razões discriminatórias.

No mesmo sentido, a proibição da aplicação de penas cruéis encontra-se prevista no artigo 5º, XLVII, alínea a, da CF/88. Entende-se por penas cruéis qualquer condenação que seja dolorosa ou desumana como apedrejamento, açoitamento, esquartejamento, morte na fogueira, linchamento ou qualquer outra que cause violento sofrimento físico. Por essa razão, estão previstas como penas aplicáveis no Direito Penal brasileiro, no artigo 32, somente as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a pena de multa. (BRASIL, 1941).

O tratamento degradante ou desumano proibido pela constituição brasileira juntamente com a tortura refere-se a qualquer ato que atente contra a dignidade humana. Entende-se por dignidade “(...) não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio”. (CARVALHO, 2004, p. 280). O termo dignidade designa “o respeito que merece qualquer pessoa no sentido de respeito aos seus direitos fundamentais, principalmente, no que se refere à convivência humana em harmonia e a possibilidade plena de desenvolver todas as suas vicissitudes”. (NEVES, 2008).

Em relação à possibilidade do cerceamento da liberdade do indivíduo ainda que provisoriamente, a constituição brasileira no artigo 5º, incisos LXI ao LXVII, define que o indivíduo somente poderá ser preso mediante prisão em flagrante ou mediante ordem judicial, escrita e fundamentada. Ao ser preso em flagrante, o preso terá direito à identificação dos responsáveis pela sua prisão e interrogatório, bem como da comunicação imediata (no prazo de 24 horas da autuação em flagrante) ao juiz competente, ao Ministério Público, à sua família ou outra pessoa que indicar, bem como à Defensoria Pública caso não tenha advogado. (BRASIL, 1988). Quanto à prisão por ordem judicial, conforme previsto no artigo 312, do Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 1941), a prisão preventiva será decretada:

(...) como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

No mesmo sentido, conforme o artigo 313, do CPP, outras hipóteses de decretação da prisão preventivas foram previstas, embora haja necessidade de provas da existência do crime e indícios de autoria. São elas:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:  
 I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;  
 II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;  
 III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;  
 IV - (revogado).  
 Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Similarmente é garantido no art. 314, CPP, que não será decretada prisão preventiva nas hipóteses de causas de exclusão da ilicitude, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal. Além da prisão acima indicada, a prisão temporária também necessita de ordem judicial para a sua decretação. Conforme prevista na Lei nº 7.960/89, artigo 1º, caput, tal hipótese de cerceamento provisório da liberdade somente será decretada na fase investigativa, não podendo ser sua decretação de ofício, pelo juiz, sendo imprescindível, portanto, o requerimento do Ministério Público ou a representação da autoridade policial. (BRASIL, 1989).

Nos casos de prisão em flagrante e preventiva, se for caso de liberdade provisória, quer com fiança ou sem fiança, essa deverá ser concedida, aplicando as condições cabíveis de acordo com a natureza e gravidade do crime, circunstâncias do crime e condições pessoais do infrator.

Observa-se, portanto, que tanto a constituição brasileira quanto o código de processo penal priorizam a liberdade. A Lei de Execução Penal, em contrapartida, regula a execução da pena nas hipóteses de custódia do Estado, em relação às condições exigidas para os alojamentos prisionais a fim de evitar qualquer tratamento desumano ou degradante do preso.

A LEP, nos artigos 87 e 88, em referência à penitenciária - espécie de estabelecimento prisional destinado “ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado” - determina que será constituído de unidades celulares individuais, guarnecidas de dormitório, aparelho sanitário e lavatório. (BRASIL, 1984). Os estabelecimentos prisionais condizentes com tal definição apresentam em suas celas aparelho sanitário, porém, por vezes, assemelha-se a um buraco no assoalho, privando o preso de qualquer dignidade. Também deve ser requisito básico da unidade celular, como previsto na referida lei, “salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana”. (BRASIL, 1984).

Como é possível se conceber a existência humana se, conforme descrito anteriormente, o sistema prisional brasileiro apresenta um déficit de mais de 300.000 (trezentas mil) vagas em todo o território brasileiro? Não há possibilidade de condicionamento térmico, fatores de aeração e salubridade, se em uma cela, que deveria haver um preso ou no máximo dois, acomoda-se muito mais, sendo inclusive comum em celas desta natureza o revezamento de presos para uma acomodação, no mínimo, suportável durante o período noturno. Como se garantir a saúde e condições de higiene condizentes com a necessidade humana, se os presos se encontram amontoados nas diversas unidades prisionais brasileiras, sujeitos à proliferação de doenças venéreas, doenças de pele, doenças respiratórias graves como a tuberculose, dentre outras? No mesmo sentido, o artigo 85, da Lei de Execução Penal determina que o “estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”. (BRASIL, 1984). Como se garantir lotação adequada se, ao contrário, a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros juntamente ao crescimento da criminalidade e, conseqüentemente o aumento da população carcerária, são alguns dos mais graves problemas observados no Estado brasileiro?

Não é necessário refletir para se afirmar que tais condições desumanas e degradantes às quais milhares de presos são submetidos, afrontam flagrantemente a constituição brasileira e a lei de execução penal.

Como se não bastasse, não só a integridade física do preso encontra-se violada diante das condições ambientais, higiênicas e insalubres a que são submetidos. Igualmente, a integridade moral do preso é diariamente desrespeitada. Neste sentido, faz-se necessária a análise dos aspectos atrelados à proteção fundamental da integridade moral do preso.

### **3.2 A integridade moral do preso**

Semelhantemente à violação da integridade física do preso, a superlotação apresentada pelas várias unidades prisionais brasileiras fere a integridade moral do encarcerado, direito este estabelecido pelo já citado inciso XLIX, do artigo 5º, da Constituição brasileira de 1988.

Os direitos da personalidade como direito ao nome, à inviolabilidade da honra e da imagem são alguns dos aspectos que se referem à integridade moral de uma pessoa. No entanto, a primeira atitude que se percebe, quando da prisão de um suspeito ou acusado de crime, principalmente nos instrumentos de mídia sensacionalistas, é a pré-condenação do suspeito sem provas, sem processo, a divulgação de seu nome e de suas imagens ao ser algemado, levado à delegacia ou mesmo após o interrogatório, quando é exposto diante de uma câmera e um microfone como se tivesse de explicar a sua conduta ou mesmo confessar o crime. Como se não bastasse tais ocorrências, ao chegar ao estabelecimento no qual deverá permanecer até que sua inocência ou não culpabilidade seja comprovada no devido processo legal, será submetido à convivência e

sobrevivência em celas repletas de outros acusados por crimes, devendo dividir o dormitório, o aparelho sanitário, sem nenhuma privacidade ou respeito à sua dignidade.

Considerando-se o indivíduo que já se encontra sob a custódia do Estado, condenado provisoriamente ou definitivamente, seja nas penitenciárias, nas colônias agrícolas e industriais ou nas unidades de internação, o tratamento não será diferente. As condições insalubres, anti-higiênicas, não saudáveis, enfim condições indignas a que são submetidos devido à superlotação das unidades prisionais, a violação da integridade moral é ainda mais perversa, porque ali permanecerão dias, semanas, meses ou anos submissos ao direito de punir do Estado. Apesar do direito de reclamarem, não serão ouvidos. Neste sentido, geralmente a rebelião será a forma escolhida para que os presos sejam notados pela sociedade e, principalmente, pelas autoridades. A violência e o caos se instalam, tortura, massacre são mostrados por todos os canais de mídia. Mais uma vez divulgam-se as imagens dos presos submetidos às condições subumanas e indignas, fotos das mais variadas perversidades ocorridas são publicadas nas capas dos jornais e revistas. É perverso o entendimento da opinião pública de que o preso não tem direito à preservação de sua dignidade e merece mesmo é permanecer naquelas condições visto que infringiu a lei.

Conforme estabelecido no artigo 28, da LEP (BRASIL, 1984), “o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Seja realizado no interior do estabelecimento prisional ou fora de seus muros é um direito do preso. No entanto, devido aos problemas sócio-econômicos que atormentam os brasileiros, como os índices de desemprego, a má distribuição de renda, diferenças nas possibilidades sociais, como se oportunizar o trabalho para aquele indivíduo que sequer é tratado com dignidade?

No sentido de se amenizar os efeitos da superlotação dos presídios e de punir os Estados brasileiros, o Supremo Tribunal Federal, em 16 de fevereiro de 2017, seguindo o voto do então relator Teori Savascki, emitido em 2014, voltou a reconhecer, com repercussão nacional, o restabelecendo do dever de o Estado indenizar o preso que se encontre em condições de tratamento degradante com violação da integridade física ou psíquica, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), à título de indenização por dano, inclusive o dano moral. (STF, 2017). Em 2014, o então ministro relator do recurso extraordinário (RE 580.252), Teori Zavascki, votou a favor do provimento do recurso restabelecendo decisão anterior, de instância inferior, de recurso de apelação na qual foi fixada a indenização no valor de R\$ 2.000,00 para um caso específico. Trata-se de uma medida perigosa, pois além de piorar a situação econômica de alguns dos Estados brasileiros que terão que arcar com as indenizações, pode, inclusive, resultar na preferência do preso permanecer em tais condições, visto que poderá requerer a indenização. Novamente percebe-se o caráter paliativo da decisão do STF que não impedirá a superlotação dos estabelecimentos prisionais, visto que não contribuirá para a diminuição dos índices da criminalidade e da reincidência e muito menos, impedirá a

violação à integridade física e moral do condenado e do preso provisório que continuarão submetidos às condições, subumanas e degradantes.

Analisadas as finalidades da pena, as características, estruturas e funcionamentos dos primeiros sistemas prisionais, bem como o atual estado do sistema prisional brasileiro de superlotação e de transgressão aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, passa-se a concluir o proposto tema da proteção à dignidade do preso.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pena privativa da liberdade desde que concebida como uma forma de humanizar a sua aplicação aos condenados, visto que, inicialmente, as sanções eram corpóreas, cruéis e até capitais, não alcançou a eficiência que se esperava, no sentido de intimidar, prevenir ou mesmo recuperar o infrator. No mesmo sentido, os primeiros sistemas prisionais constituídos no intuito da regeneração dos condenados, mediante a submissão ao total silêncio, ao isolamento na cela continuamente, ou mesmo a permissão do trabalho coletivo ou desenvolvido na unidade celular concedido a alguns condenados, como o intuito de provocar a reflexão do por que ter se infringido a lei, não alcançou o objetivo de diminuir a criminalidade ou mesmo a reincidência. Ao contrário, percebeu-se um aumento do número de condenações, seja pela diminuição da aplicação da pena de morte ou mesmo pela ineficiência da regeneração.

No Brasil, a situação percebida no sistema prisional não difere dos problemas enfrentados nos primórdios da aplicação da pena privativa de liberdade. A defasagem de vagas, resultando na superlotação e, conseqüentemente, na violação da integridade física e moral do condenado e do preso provisório, bem como o flagrante desrespeito às condições de salubridade, de convivência saudável entre presos, da acomodação apropriada das unidades celulares são alguns problemas que não se resolvem com indenização do Estado, com mais severidade da lei penal e muito menos com construção de novos presídios.

Respondendo aos questionamentos feitos anteriormente quanto ao atendimento aos direitos à integridade física e moral dos presos diante das condições caóticas observadas no sistema prisional brasileiro, ou quanto a proteção da coexistência e existência humana do preso diante de um déficit de mais de 300.000 (trezentas mil) vagas em todo território brasileiro ou, mesmo, quanto a se garantir condições salutaras e higiênicas condizentes e dignas da pessoa humana, percebe-se que tais questões não serão alcançadas com as propostas de redução da maioria penal e de agravamento das penas. Outras medidas como a construção de novos estabelecimentos penais ou instituição de novas vagas naqueles já existentes são meramente paliativas.

Na verdade, inicialmente, quanto aos presos provisórios, deve-se priorizar a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão como previstas no código de processo penal, criando métodos eficazes de

verificar o atendimento às medidas, atendendo-se, assim, ao pressuposto que a liberdade deve ser a regra e não a exceção.

Em segundo lugar, deve-se acompanhar com rigor os casos de excesso de prazo da prisão preventiva que tanto estão presentes no dia-a-dia de uma penitenciária, colônia agrícola e industrial e cadeia pública.

Em seguida, em relação aos condenados mediante sentença transitada em julgado, é necessário aplicar outros métodos ou medidas que visem possibilitar um cumprimento da pena mais digno que se preocupe com a valorização humana, possibilitando reais condições de recuperação do preso, pelo acompanhamento e revisão jurídica da execução da pena, pela real possibilidade do trabalho, pela assistência à saúde, pelo acompanhamento da família, pela habilitação para retornar à sociedade ou mesmo pela religião. Esse método já existe e deve ser possibilitada a sua implantação em todo o Brasil.

Observa-se que a superlotação e todas as mazelas presentes no sistema prisional, como o desrespeito à integridade física e moral do preso, fatores estes que interferem diariamente na sociedade brasileira mediante os índices crescentes da violência e de infratores, somente serão combatidos se houver o real interesse das autoridades e da sociedade, necessitando para tanto de políticas sócio-econômicas que realmente criem oportunidades iguais para todos, inclusive para aqueles que estão presos, seja provisoriamente, seja definitivamente, enfim para todos aqueles que estejam na custódia do Estado sem que possam reclamar da forma devida.

O preso deve ser visto como um integrante da sociedade brasileira e não como alguém dispensável que, pela sua condição de infrator, não merece ser tratado com dignidade e, portanto deve ser esquecido. Muito pelo contrário, para toda a sociedade brasileira, por questões legais, sociais, racionais e de humanidade, a sua recuperação é imprescindível e a proteção de sua integridade física e moral já seria um real e importante começo.

## REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Hans-Jorg. *Prison Overcrowding – Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*. Disponível em: <[https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/research\\_in\\_brief\\_43\\_-\\_albrecht\\_prisonvercrowding.pdf](https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/research_in_brief_43_-_albrecht_prisonvercrowding.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2018.

ARUS, Francisco Bueno. *Panorama Comparativo de los modernos sistemas penitenciarios*. Madri/Espanha: Editora Instituto Nacional de Estudos Jurídicos, 1969, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, v.1, 2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, v.1, 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de setembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 7210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL, **Lei 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 269. Diário de Justiça, Brasília, 29 maio de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num%27269%>>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580252/MS**. Relator: Ministro Teori Savasck. Brasília, 17 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COLEN, Andrew. **A Human Rights Approach to Prison Management**. Handbook for prison staff. 2. ed. Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/handbook\\_2nd\\_ed\\_eng\\_8.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/handbook_2nd_ed_eng_8.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização, junho de 2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2018.

NEVES, Lícia Jocilene das. **Eutanásia: a questão jurídica da boa morte**. 2008. 82 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2008.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. *In: Problemas fundamentais de Direito Penal*. Coimbra/Portugal: Editora Veja Universidade, 1986, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, v.1, 2018.

# A SOBERANA VIRTUDE DA CLEMÊNCIA PROCLAMADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI E SEUS CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS

*THE SOVEREIGN VIRTUE OF CLEMENCE PROCLAIMED BY THE COURT OF JURY AND ITS  
JURISPRUDENTIAL CONTOURS*

*Edson Damas Silveira<sup>22</sup>  
Luiz Fernando Castanheira Mallet<sup>23</sup>*

Artigo recebido em: 20/11/2018.

Artigo aprovado em: 17/12/2018.

**Resumo:** o presente artigo objetiva lançar luzes sobre limites à soberana decisão do Tribunal do Júri, a partir da possibilidade de se absolver por clemência o acusado, ainda que reconhecida materialidade do delito e sua autoria devidamente provada dentro do processo. Diante dessa realidade, pode o Órgão de Acusação manejar apelação alegando decisão manifestadamente contrária às provas dos autos e, bem por isso, provocar o Tribunal Recursal a fim de rever o veredicto proferido em primeiro grau, nos exatos termos permitidos pela legislação processual vigente. Como metodologia adotou-se a revisão bibliográfica sobre o tema. Como metodologia o artigo adota a revisão bibliográfica sobre o tema.

**Palavras-chave:** tribunal do júri; soberania; clemência.

**Abstract:** this article aims to shed light on the sovereign decision of the jury, based on the possibility of acquittal by clemency of the accused, although the materiality of the crime and its authorship duly proven are acknowledged in the process. Faced with this reality, the Appellate Body can handle an appeal alleging that the decision is manifestly contrary to the evidence in the case and, therefore, provoke the Appeal Court to review the verdict handed down in the first degree, in the exact terms allowed by the current procedural law. As a methodology, the article adopts the bibliographic review on the subject.

**Keywords:** jury court; sovereignty; clemency.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva lançar luzes sobre limites à soberana decisão do Tribunal do Júri, a partir da possibilidade de se absolver por clemência o acusado, ainda que reconhecida materialidade do delito e sua autoria devidamente provada dentro do processo. Diante dessa realidade, pode o Órgão de Acusação manejar apelação alegando decisão manifestadamente contrária às provas dos autos e, bem por isso, provocar o Tribunal Recursal a fim de rever o veredicto proferido em primeiro grau, nos exatos termos

<sup>22</sup> Procurador de Justiça em Roraima, especialista, mestre e doutor em direito, professor da Especialização em Direito Socioambiental da PUC/Pr. e do Mestrado em Direito Ambiental da UEA.

<sup>23</sup> Procurador de Justiça em Roraima, especialista, mestre e doutor em direito, professor da Especialização em Direito Socioambiental da PUC/Pr. e do Mestrado em Direito Ambiental da UEA.

permitidos pela legislação processual vigente e como será visto com mais vagar nos desdobramentos deste ensaio.

Essa tormentosa questão de matriz constitucional tem desafiado a inteligência e esforço interpretativo de vários setores funcionais do direito mais recentemente, desde as hostes acadêmicas até o universo forense, com muitos posicionamentos divergentes e formas de se encaminhar a discussão por vezes equivocada.

Em razão do tempo e escassez das linhas neste contexto escrito, e com o escopo de muito mais provocar do que apontar soluções, é que o presente trabalho limita-se a expor as primeiras controvérsias havidas dentro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da matéria, porquanto foro competente para a final exegese da legislação federal aplicável à espécie, sem desconhecer e como antes infirmado que o mesmo assunto também encerra contornos constitucionais, e que oportunamente ainda desaguará no Supremo Tribunal Federal (STF).

Mas para se falar em clemência e discutir suas consequências dentro do secular mecanismo democrático do Júri, primeiramente será necessário desbravar alguma significância histórica construída no ocidente a respeito dela para, em tempos modernos, compreender sua importância enquanto virtude humana, em estreita sintonia com o movimento de conquista dos direitos humanos.

Assim, e sabedores da insuficiência dessa argumentação metafísica para efeitos concretos do direito, explorar-se-á os encaminhamentos determinados pela processualística penal, centrando esforços para compreender clemência também adaptada às necessidades formais da dogmática jurídica. É por essa linha teórica iniciar-se-á a ordem de abordagem, descambando os demais itens para o tecnicismo do direito e focando-se nos pronunciamentos a respeito dela dentro do Superior Tribunal de Justiça.

## **2 CLEMÊNCIA ENQUANTO ELEVADA VIRTUDE HUMANA**

Do latim *clementia*, a idéia corrente e comum reporta ao perdão, indulgência, e benevolência (FERREIRA, 2014), muito parecida com o modo como se trata uma pessoa sujeita a determinada penalidade, consistente em isentar inteiramente o culpado da pena ou moderar sua condenação (SILVA, 1975).

Esse ato de bondade restou apropriado ainda pelo o universo jurídico com um sentido mais estendido, muitas vezes aplicado para indicar a liberalidade das leis ou a moderação da ação governamental, tendente a adotar atos de brandura na solução das questões de ordem coletiva (SILVA, 1975). É nessa quadra de compreensão que se destaca a obra de Sêneca, talvez autor do primeiro e mais contundente tratado

sobre clemência que tem-se notícia no ocidente, ainda tendo por mérito classificar ela no campo das virtudes morais humanas<sup>24</sup>.

Lúcio Aneu Sêneca nasceu em Córdoba, cidade da Província Romana da Bética, no século um antes de Cristo. Levado criança para Roma, se transformou num dos maiores oradores do seu tempo, forte nos ensinamentos pitagóricos, cínicos e estóicos, com uma rápida passagem por Alexandria, então centro efervescente da vida cultural e religiosa da época (OLIVEIRA, 1998).

No ano 31 d.c. e quando retornou para Roma, Sêneca exerceu vários cargos públicos, quando depois de perseguido nos impérios de Calígula e Cláudio, acabou exilado por oito anos na Ilha da Córsega. Recuperado de lá por Agripina no ano de 49 d.c., volta para Roma a fim de ser o preceptor do seu filho Nero. Com Cláudio assassinado em 54 d.c., Nero ascende ao poder e Sêneca se transforma no seu conselheiro pessoal, sendo nomeado também para o *Consilium Principis* (CROOK, 1955).

Com ascendência sobre Nero, Sêneca muito aconselhou aquele Soberano para que não se tornasse um tirano e assim permanecesse afastado do Senado. Nessa empreitada, produziu no ano de 56 d.c. a obra *De Clementia*, descrevendo como ele gostaria que fosse o governo de Nero, tentando dessa maneira tornar o jovem Imperador um sábio estóico. Refletirá naqueles escritos sobre a clemência imperial, procurando transformar Nero numa espécie de espelho da razão universal, num modelo de virtude que traria paz e alegria para todos os súditos. Enfim, concebeu uma obra de persuasão e de propaganda, para que o novo Imperador pudesse usar a seu favor (OLIVEIRA, 1998).

Para o filósofo, clemência enquanto virtude somente acontece quando posta em prática por um ser superior e quando a benevolência for dirigida a seres inferiores. Ao ser clemente, o Imperador se torna útil ao bem público, se guiando pela natureza e se conformando nos trilhos encaminhados pelo *logos*, uma vez que superior aos homens, só conseguindo manter-se nesse patamar pela prática da clemência (SÊNECA, 1990).

Ele compreende o exercício da clemência sob três aspectos, a saber: - primeiro, como virtude que existe para corrigir os erros humanos; depois como virtude que requer equilíbrio na sua aplicação (não sendo oportuno ter uma clemência promíscua ou banal) e; por fim, como temperança de espírito de quem tem o poder de castigar ou, ainda, a brandura de um superior perante um inferior ao estabelecer a penalidade (SÊNECA, 1990).

Em assim sendo, para Sêneca a clemência tem livre arbítrio, porquanto quando se julga segundo ela, não se deve seguir uma fórmula legal, mas pautar-se apenas pela equidade e sentimento de bem comum. Isso quer dizer que aquele que escolhe aplicar a clemência, não o faz por imposições externas (como ditado por regras previamente estabelecidas), mas por mera vontade de fazê-lo no presente momento e ponto final.

---

<sup>24</sup> Sem aprofundamento nesse interessante e relevante tema, entende-se como virtude moral aquela disposição adquirida ou inata habitual de praticar o bem (DUROZOI & ROUSSEL, 1996).

Como elege o Imperador como árbitro, pois julga a vida e determina a morte das pessoas, será justamente no exercício dessa função que irá precisar da clemência, externando o verdadeiro espírito dos Deuses e não se pautando unicamente por rigores da lei produzida pelos homens (Sêneca, 1990).

Muito claro nos ensinamentos de Sêneca que, enquanto virtude humana legada pela divindade, clemência não se enquadra nos termos do corrente tecnicismo jurídico, fixado a partir de uma racionalidade formal, normativa e previamente concebida. Ela não cabe nos estreitos parâmetros preconizados pelo direito, cuja significação em muito transcende aquele modo humano de regular conduta humana. É algo que supera os parâmetros metodológico daquela área do conhecimento para ser manejado por aqueles de apurado espírito fraternal, seres superiores e capazes de exercitar a mais elevada virtude do perdão.

Isso posto e nos termos lembrados, o maior legado deixado por Sêneca a fim de se pensar sobre a clemência nos dias atuais, diz respeito justamente ao seu completo afastamento do rigor metodológico do direito, não se conformando na mera subsunção dos fatos à abstração fincada anteriormente pela norma, transcendendo seu significado generalizante para se instalar na suprema dimensão da benevolência.

Acredita-se ser esse o motivo pelo qual clemência não consta expressa no rol das excludentes autorizadas pelos Códigos Repressivos, uma vez que opera para além deles e numa superior dimensão de supralegalidade, estando classificada no bojo das mais altas instâncias da virtude humana, coisa que talvez os técnicos da legalidade não consigam de fato visualizar e nem alcançar, até porque comprometidos unicamente com a formal aplicação da lei.

No pensamento de Sêneca, o Imperador enfeixava essa virtude transcendental da clemência porque representava a vontade dos Deuses nessa instância terrena, competindo a ele por isso mesmo a divina missão de julgar pessoas segundo o sagrado sentimento de justiça (SÊNeca, 1990). Como hoje o divino muitas vezes é apartado do profano no direito, vislumbra-se apenas nos legítimos representantes do povo fazer valer essa possibilidade altruísta de perdão, desconsiderando as ordens formais do direito e se soerguendo superiores aos juízos técnicos.

Mais adiante tais fundamentos serão retomados, ao se enfrentar a possibilidade da clemência dentro das hostes processuais do ordenamento jurídico, não deixando de considerar recentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça - STJ, quando delineou a extensão da soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal Popular do Júri nos casos de crimes tentados ou consumados contra a vida, como se verá a seguir.

### **3 SIGILO DAS VOTAÇÕES E SOBERANIA DO TRIBUNAL POPULAR DO JÚRI**

Tendo em mente que o presente texto pode ser lido por neófitos e até leigos no direito, o trabalho inicia-se explicando que o Tribunal do Júri é Órgão Colegiado criado dentro da estrutura do Poder Judiciário, composto por um Presidente Técnico (Juiz Togado e de Carreira) e outros 21 (vinte e um)

Jurados Leigos, escolhidos entre representantes do povo e dos quais restarão 07 (sete) deles sorteados para cada seção, formando o Conselho de Sentença dentro do respectivo processo.

Nessa quadra de organização, compete ao Magistrado de Carreira presidir cada uma dessas seções, procurando resolver tecnicamente questões de direito e conduzir os trabalhos até final julgamento pelo Conselho de Sentença, ocorrido em sala especial e quando os jurados proferem seus veredictos. Esses mesmos Juízes Leigos decidem por meio de questionário proposto pelo Juiz Presidente, após anuência das partes e cujas decisões são sempre tomadas por maioria.

Feitos esses primeiros esclarecimentos, restringindo-se ao âmbito do direito brasileiro e não desconhecendo que se trata de uma Instituição secular e plurinacional<sup>25</sup>, o Tribunal do Júri remonta ao ano de 1822, quando o Príncipe Regente Pedro I assina o Decreto 0-031, em 18 de junho daquele ano, criando órgão de “Juízes de Fato para julgamento dos crimes de abuso de liberdade de imprensa”.

Na Constituição Imperial de 1824 houve tanto a ratificação daquele decreto como ainda alargamento da mesma Instituição para conhecer e julgar também matérias cíveis, “nos casos e pelo modo que os códigos determinarem” (art. 151). Mas foi somente com a Constituição Republicana de 1891 que o Tribunal de Júri passou a constar topograficamente dentro de capítulos e seções que versavam sobre direitos humanos fundamentais, sendo pioneira na elevação da Corte Popular como uma garantia individual contra o arbítrio do Estado (art. 72, par. 31).

No entanto, fulgurantes retrocessos foram percebidos na Constituição de 1934, quando o Júri voltou para fora do capítulo das declarações e garantias individuais; e bem mais preocupante foi o completo silêncio a respeito dele na Carta de 1937 (TUCCI, 1999). Mas a Instituição ressurgiu com mais força logo depois, na edição da Constituição Democrática de 1946, quando acabou por prestigiar aquele Tribunal de Leigos novamente como um mecanismo para promoção dos direitos e garantias individuais, tendo-lhe reconhecido a soberania dos seus veredictos (art. 141, par. 28).

A Constituição Militar de 1967, reafirmada pela Emenda n. 01 de 1969, não alterou o anterior texto constitucional nesta parte, herdando de 1946 um Júri soberano e competente para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 153, pr. 18). E assim permaneceu na Constituição Cidadã de 1988, devidamente acomodado no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, tendo sido assegurada a plenitude de defesa; sigilo das votações; soberania dos veredictos; e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII).

Essa deliberada topografia constitucional aloja o Tribunal do Júri em tempos presentes como mais uma garantia individual, protegida por cláusula pétrea e reforçada por outros direitos processuais que dela

---

<sup>25</sup> Para melhor conhecer as origens históricas dessa importante e democrática Instituição do direito, sugere-se consultar o artigo intitulado “O tribunal do júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual”, tendo como autores Araújo & Almeida e publicado na **Revista Brasileira de Ciências Criminais** n. 15, devidamente referenciada ao final deste texto.

decorrem<sup>26</sup>, razão pela qual toda e qualquer interpretação que se construa sobre essa milenar Instituição deve privilegiar o ser humano contra o arbítrio do Estado, ainda que contrária ao sentimento comum coletivo. Não se pode olvidar que justamente por ser contra majoritário é que se legitima um direito fundamental como garantia individual, pois nem sempre a esmagadora maioria tem razão e não raras vezes o direito encerra uma grande injustiça<sup>27</sup>.

Fincadas essas premissas, o trabalho centrará esforços de reflexão somente em duas garantias que escorrem daquele Tribunal Popular e que bastam para justificar absolvição por clemência deliberada no Conselho de Sentença, quais sejam, sigilo das votações e soberania dos veredictos. Esses mesmos princípios legitimam o funcionamento do Júri em modo diverso da lógica técnica preconizada pelo formalismo do direito oficial, porquanto ambos estão previstos na Constituição Federal justamente para afastar o controle estatal sobre o mérito das decisões tomadas em colegiado por Juízes Leigos, porque em respeito àquelas garantias não se precisa fundamentar as decisões tomadas sempre em caráter privado<sup>28</sup>, e muito menos submetê-las ao duplo grau de jurisdição quanto ao mérito do veredicto<sup>29</sup>.

Sigilo das votações implica proteger a íntima convicção dos Jurados Leigos a respeito do caso e também a desnecessidade de motivar sua decisão, tanto que o escrutínio do julgamento restará encaminhado pela Presidência do Tribunal na forma sumária de questionário e respondido em sala secreta<sup>30</sup>. Esse rigoroso procedimento assegura o final protagonismo dos jurados quando, guiados somente por compreensões emanadas dos seus respectivos juízos morais e éticos, expressam o livre convencimento a respeito do mérito da causa, respondendo apenas “sim” ou “não” num ambiente reservado e seguro, assim como afastado da pressão popular e possibilitando uma não necessária motivação (OLIVEIRA, 2009).

Decorre desse juízo aparentemente descontrolado e popular (pelo menos na sua maneira representativa) justamente outra garantia constitucional por ora eleita, qual seja, a soberania dos veredictos daquele Tribunal de Leigos. E quando se proclama soberana aquela decisão proferida pelo Conselho de Sentença, após discussão plenária no Júri, deve-se entendê-la como expressão técnico-jurídica que deve ser definida segundo a ciência dogmática do processo penal, e não de acordo com uma exegese de lastro filológico, alimentada em esclarecimentos vagos de dicionários (MARQUES, 1997).

---

<sup>26</sup> Cláusulas Pétreas são aquelas matérias constantes do Texto Constitucional e imunes ao poder de reforma por proposta de emenda, tendo seu núcleo intangível e não podendo ser abolido, nos termos do art. 60, parágrafo 4º, da CF/88.

<sup>27</sup> A respeito dessa temática, sugere-se a leitura do seguinte texto: “A função contramajoritária dos direitos fundamentais”, publicada na Revista Eletrônica *Conjur* de 27 de abril de 2015, por Luciana Vieira Dallaqua Vinci e Wilson José Vinci Júnior, disponível no sítio eletrônico <https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais>.

<sup>28</sup> Nos juízos técnicos e como obrigação inafastável por parte dos Magistrados Togados, sob pena inclusive de nulidade, todos os julgamentos serão públicos e suas decisões fundamentadas, à luz do que dispõem o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

<sup>29</sup> Notadamente à soberania das decisões do Júri e seu posterior controle por um Colegiado formado por juízes técnicos, somente em uma hipótese se tem admitido, qual seja, naquela previsão estampada no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP, e autorizada nos casos de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, como restará mais adiante explorado.

<sup>30</sup> Acerca dessa formalidade e todas as fases do julgamento, precipuamente aquele rito que vai desde a formulação do questionário até sua final votação, recomenda-se consultar os arts. 482 *usque* 491, do Código de Processo Penal.

E o Código Adjetivo Penal, alimentado por interpretações dadas pelo STJ em casos específicos de clemência (como se verá mais adiante), procura melhor regulamentar aquela Instituição e também temperar o absolutismo dessa soberania popular, ao impor apenas uma única restrição ao veredicto, sem adentrar no mérito do juízo de valor e meramente inclinado para o exame formal. Essa previsão consta do art. 593, inciso III, alínea “d”, parágrafo 3º, do CPP, quando autorizou recurso contra a decisão dos Jurados na hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, cabendo provimento revisional somente para sujeitar o réu a novo julgamento, não se admitindo uma segunda apelação para o caso e pelo mesmo motivo.

Esse ponto limitador, sem dúvida alguma, se tornou na hipótese mais controversa e complexa de todas as questões a envolver o procedimento do Tribunal Popular no Júri, uma vez que mal operado na prática pode ferir de morte o primado constitucional da soberania dos veredictos. Certo é que nesse específico caso o direito ao duplo grau de jurisdição deve ser manejado com muita parcimônia e respeito com aquela garantia constitucional, não sendo possível – sob qualquer pretexto – Cortes Togadas invadirem o mérito do veredicto para substituí-lo, pois se houver erro judiciário devidamente reconhecido, basta remeter o caso para novo julgamento daquele Tribunal Popular, mas jamais invalidar o pronunciamento dos representantes do povo a fim de proferir outra decisão, ainda que técnica e respeitante ao pano de fundo da mesma discussão (NUCCI, 1999).

Não bastasse toda essa controvérsia, ela ainda se torna mais acentuada quando verifica-se o caso concreto possível decisão tomada pelo Júri e que se revela manifestamente contrária à prova existente nos autos, no estrito exercício da sua peculiar soberania e não raras vezes vencedoras teses que escapam do argumento técnico, se aproximando muito mais do campo metafísico da clemência, como se prosseguirá argumentado.

#### **4 ABSOLVIÇÃO GENÉRICA POR CLEMÊNCIA E O POSICIONAMENTO DO STJ**

Em razão das alterações sofridas pelo atual Código de Processo Penal na maneira de se formular os quesitos que serão apresentados aos Membros Leigos do Conselho de Sentença para fins de encaminhamento do final veredicto<sup>31</sup>, abriu-se uma fenda de oportunidades para que surjam decisões manifestamente contrárias às provas dos autos e, bem por isso, passíveis de conhecimento e posterior julgamento em grau de recurso pela Instância Técnica de Segundo Grau.

A questão que se coloca como de possível conflito e anteriormente aventada diz respeito à possibilidade legal de que, mesmo reconhecendo os Jurados que o fato delituoso ocorreu e o réu sob

---

<sup>31</sup> Ditas alterações restaram promovidas pela Lei Federal n. 11.689/2008, reconhecidamente promovedora de algumas reformas pontuais do atual Código de Processo Penal.

acusação cometeu o crime imputado, delibere o Colegiado Popular por genericamente absolvê-lo em vista de alguma causa não prevista exclusivamente como excludente de punibilidade no Código Repressivo Oficial Brasileiro, como - e a exemplo do que se debate neste arrazoado - perdoá-lo por clemência.

Melhor esclarecendo, agora os quesitos serão apresentados aos Jurados e que deverão necessariamente ser por eles respondidos como “sim” ou “não”, na forma sigilosa e sem necessidade de fundamentação, guardam a seguinte sequência lógica, assim previstos no CPP, *litteris*:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

**I – a materialidade do fato;**

**II – a autoria ou participação;**

**III – se o acusado deve ser absolvido;**

IV - se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na denúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

...*omissis*...

Parágrafo 2º. Respondidos afirmativamente por mais de 03 (três) jurados os quesitos referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

**O jurado absolve o acusado?**

...*omissis*... (Grifo nosso).

Por ser proposta deste trabalho, o exame limita-se aos incisos I, II e III, aplicando-se também o decorrente parágrafo segundo, se acaso for afirmativa a resposta para os dois primeiros. Com efeito, resta possibilitada então a hipótese de uma absolvição genérica por parte do Conselho de Sentença que, mesmo reconhecendo haver materialidade do delito e sua autoria tecnicamente provada no curso do processo, podem absolver o réu sem qualquer justificativa e desconforme com os elementos carreados para os autos, comovidos exclusivamente por sentimentos de bondade e vertendo para uma decisão clemente em relação ao acusado.

Obviamente que diante desse resultado aparentemente incoerente com a realidade materializada dentro do processo, o Órgão de Acusação pode perfeitamente manejar apelação para reformar o veredicto, com fulcro na única hipótese legal que possibilita a impugnação daquela soberana decisão popular, qual seja, revisão do julgamento porque a decisão dos jurados foi manifestamente “contrária à prova dos autos”, somente pugnando-se pelo provimento do recurso para que novo julgamento pelo Tribunal Popular e a respeito do mesmo caso novamente se realize, devolvendo o feito para o Juízo de Primeiro Grau a fim de que outra seção plenária aconteça, *ex vi* do art. 593, inciso III, alínea “d”, parágrafo 3º, CPP.

Diante dessa recente alteração processual, com a criação daquela hipótese genérica de absolvição e a partir do realinhamento de quesitos mais simplificados para serem ofertados aos Jurados, transparece a seguinte e aparente contradição: - como fica a soberania dos veredictos do Júri se acaso os representantes do povo escolhidos para comporem o Conselho de Sentença deliberem por absolver alguém, imbuídos

unicamente pelo sentimento de clemência, contrariando provas constantes dos autos e ainda que tenham anteriormente votado pela materialidade do fato e autoria do crime?

Esse tem sido um dos grandes tormentos jurídicos no bojo do Tribunal Popular, pendente ainda de pacificação tanto nos foros doutrinários quanto dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde há diversos precedentes sobre o tema, alguns favoráveis e outros contrários a permissão de o Júri deixar de condenar o réu por clemência, suscitando as mais variadas teses e diferentes maneiras de interpretar o direito posto (GRILLO, 2016).

Entretantes, e nitidamente a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 350.895-RJ pela Sexta Turma do STJ, concluído em 14 de março de 2017, a discussão começou a tomar contornos mais nítidos e talvez brevemente se encaminhando para um norte conciliatório<sup>32</sup>. Naquela ocasião se debateu abertamente a possibilidade da absolvição por clemência, enquanto fundamento metafísico não previsto na legislação penal como excludente de culpabilidade e os seus desdobramentos acerca da eficácia do princípio da soberania dos veredictos populares.

Sem maiores aprofundamentos no caso, resumidamente compete por ora registrar que a Relatora originária daquele *Habeas Corpus*, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, verificou a ausência do enfrentamento específico por parte do Tribunal de Apelação quanto à possibilidade dos jurados entenderem pela clemência ou perdão do réu e, justamente por isso, naquela superior fase recursal se mostrava inviável a cognição da tese defensiva, sob pena da indevida supressão de instância por parte do STJ. No entanto, constatou naqueles autos a existência de constrangimento ilegal, a restar sanado de ofício, porque entendeu possível analisar a alegação da clemência defendida nas contrarrazões recursais e também sustentada na respectiva seção de julgamento.

Após pedido de vista, o Ministro Sebastião Reis Júnior trouxe voto escrito onde apontava discrepâncias sobre a matéria dentro do próprio STJ, mas assentando posicionamento reiterado quando se proclamou a possibilidade de o Tribunal Popular absolver o acusado, ainda que tenha respondido afirmativamente aos quesitos referentes à autoria e à materialidade, por respeito à sua soberania e sem que a defesa tivesse suscitado tese absolutória da negativa de existência do fato ou da autoria.

Para ele, o entendimento de que o Tribunal do Povo não poderia absolver o réu, caso reconhecesse a materialidade e autoria, também seria diretamente contrário às determinações do art. 483 do CPP, uma vez que nos termos dos parágrafos 1º e 2º, a votação do quesito absolutório genérico somente ocorre quando há resposta afirmativa em relação aos quesitos referentes à materialidade e à autoria. Nesse sentido, lembrou que o STJ tem posicionamento firme no sentido de que o quesito absolutório é genérico porque deve ser

---

<sup>32</sup> Para ter acesso ao inteiro teor desse julgado, com todos os votos escritos proferidos, sugere-se acessar o sítio eletrônico do próprio Superior Tribunal de Justiça, a saber: <http://www.stj.jus.br>.

formulado independentemente das teses apresentadas em Plenário, por observância ao princípio da plenitude da defesa e ainda soberania dos veredictos.

Vencida essa etapa de argumentação, passou a enfrentar questão referente aos limites do Tribunal de Apelação quando da análise de recurso acusatório interposto com fundamento no art. 593, inciso III, alínea “d”, c/c. o seu parágrafo 3º, CPP; ou seja, sob a alegação de que o veredicto foi manifestamente contrário à prova dos autos. É nesse toar que vem a contribuição do STJ, temperando fundamentos de soberania com os limites estabelecidos por aquela lei processual, assim como por homenagem ao direito do duplo grau de jurisdição.

Depois de examinar com acuidade anteriores acórdãos firmados pelo STJ para casos análogos, apontou o Ministro Sebastião Reis Júnior existir precedentes que, inobstante absolver o acusado mesmo quando reconhecida materialidade e autoria do delito, firmavam tese de que não retiraria da Corte Recursal a oportunidade de aferir, por uma única vez, se o julgamento teria sido manifestamente contrário à prova dos autos.

No sentir daquele Magistrado, seria mais adequada ao sistema previsto no Código de Processo Penal que a validade da anulação proferida pelo Tribunal de Apelação, sob o pretexto anteriormente ventilado, dependesse exclusivamente dos argumentos utilizados para respaldar a conclusão no sentido de se verificar, *in concreto*, se realmente o julgamento se deu manifestamente contrário à prova dos autos. Essa detalhada análise fática realizada sobre o acervo probatório colhido ao longo da instrução criminal é que legitimaria concluir se, no desencadear dos acontecimentos, encontra-se ou não presente um lastro mínimo de concretude a justificar aquela absolvição operada pelo Júri, afastando-se eventual juízo geral e abstrato da mera presunção.

Forte nesse encaminhamento, concluiu ser possível ao Tribunal Revisional, por uma única vez, anular o julgamento proferido pelo Júri que absolve o acusado, apesar de reconhecer autoria e materialidade, sob o fundamento de ser contrário à prova dos autos, desde que o faça a partir de uma fundamentação idônea, lastreada em elementos probatórios concretos colhidos ao longo da instrução e não apenas em mera presunção.

Desde que alinhado com essa toada de precaução, compreende também como legítimo o veredicto do Júri que absolveu o réu por clemência, não vinculado a qualquer tese defensiva específica, mas sempre respaldado nos elementos fáticos constantes dos autos, ainda que mínimos de substrato, mas com força razoável e suficiente para autorizarem sua concessão.

Ao final do voto vista, explicou que no tocante à clemência, deve ser ressaltado que o elemento fático que pode dar suporte à sua concessão não é, necessariamente, inerente ou mesmo contemporâneo ao crime sob julgamento, como por exemplo, quando o acusado, após prática do delito, veio a ser cometido de doença grave e, por essa razão, restou pedida sua clemência ao Júri, que acaba por absolvê-lo.

Naquele julgamento, findou sua manifestação evidenciando que, no caso concreto, o Tribunal de origem, ao anular o julgamento do Júri, não evidenciou que a absolvição estaria divorciada das provas colhidas na instrução processual e, tampouco, demonstrou que o pedido de clemência e sua acolhida estariam desamparados de suporte fático mínimo, concluindo apenas que o julgamento seria contrário à prova dos autos a partir de mera presunção, razão pela qual votou pela concessão da ordem para o fim de cassar o acórdão da apelação e restabelecer a absolvição proferida pelo Tribunal Popular. Acompanhado pela maioria, seu voto condutor se prestou para sustentar a decisão concessiva, bem como foi destacado para lavrar o mesmo acórdão.

Mais recentemente, e na linha ponderada pelo *Habeas Corpus* n. 350.895-RJ, veio ementado dentro do mesmo STJ o Recurso Especial n. 1.345.329-DF, relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e julgado em 15 de março de 2018<sup>33</sup>, reiterando entendimento que naquela Corte não se visa criar óbice ao reconhecimento da possibilidade conferida aos jurados de absolver o acusado por sentimentos altruísticos, até mesmo por clemência; ao contrário, o que se ressalva é o fato de ser tal absolvição desassociada de qualquer elemento mínimo de prova e, desse modo, ilegal, injusta, arbitrária, e até mesmo inconstitucional, premissas inadmissíveis em um Estado que se diz democrático de direito.

Também naquele julgamento se repetiu tese de que a absolvição do acusado pelos Jurados com base no art. 483, inciso III, CPP, não constitui decisão irrecorrível, podendo o Tribunal de origem, em sede de apelação, cassá-la, quando verificar que a conclusão alcançada pelo Conselho de Sentença é absolutamente dissociada das provas apresentada no transcorrer do processo e sede plenária. Tal hipótese (art. 593, inciso III, “d”, CPP), apesar de excepcional, não ofende a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, “c”, CF), uma vez que exige a submissão do caso a novo Júri, caracterizando um mínimo de controle do duplo grau de jurisdição e no intuito de evitar não apenas excessos, como também arbitrariedades desmedidas.

Entenderam ainda naquele julgamento os Senhores Ministro do STJ que somente será inatacável a opção dos Jurados que não seja manifestamente e minimamente contrária à prova dos autos. A mesma conclusão é alcançada na hipótese de absolvição por clemência. Muito embora possível tal resultado em julgamento pela Corte Popular, a decisão será passível de revisão pelo Tribunal *ad quem* quando não houver respaldo fático mínimo nos autos que dêem suporte à benesse. Com esses temperamentos, ponderando soberania do Júri com limites processuais garantidores ao duplo grau de jurisdição, vem se comportando o STJ, tendo justamente a hipótese da clemência como o seu fundamento de análise.

## 5 CONCLUSÃO

---

<sup>33</sup> Também quanto a este julgado, sugere-se acesso pelo link <http://www.stj.jus.br>, onde estarão disponíveis ementa, acórdão e voto condutor.

Após exame dos argumentos conciliatórios cingidos ao âmbito do STJ, se percebe um grande esforço jurisprudencial no sentido de equilibrar qualidade soberana do Júri com um mínimo de controle estatal que seja sobre a vontade popular ali representada, em prestígio ao regular funcionamento do que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito, cujo sistema opera com o propósito de corrigir eventuais arbítrios indesejáveis e ainda para garantir o duplo grau de jurisdição como um direito da sociedade, representada em plenário pelo Ministério Público e que na ocasião fez às vezes de Órgão da Acusação.

Nesse compasso, e ao fundamento de emprestar uma interpretação conforme ao mecanismo de apelo que possibilita revisão daquele julgamento quando manifestadamente contrário às provas dos autos, encontrou-se dentro do STJ um modo de compor essa regulação processual com o devido respeito que se deve ter à decisão do Tribunal Popular, vertendo para uma interferência mínima e desde que fundada em elementos que autorizassem um novo julgamento, a ser realizado pelo plenário de origem e com a devolução dos autos para a Primeira Instância.

Desse modo, não se imiscui no mérito do veredicto soberano, mas por apresentar uma desconformidade probatória razoável e mínima com a realidade do quadro processual, a Corte de Apelação deixa de reexaminar provas para, diante dessa irregularidade que entende-se formal, se encaminha os autos para novo julgamento do caso, ponderando no limiar da não interferência estatal o duplo grau de jurisdição como garantia social.

E nada mais satisfatório do que enfrentar essa aparente contradição a partir da complexa discussão sobre o que secularmente se convencionou denominar de clemência, virtude dos Deuses que foi paulatinamente arvorada pelos homens, até chegar ao dias de hoje como expressão intimamente ligada aos direitos e garantias fundamentais. O denso conteúdo dessa categoria pensada originariamente no campo da filosofia se revelou em tempos presentes como forte questão e apta a desafiar os rigores metodológicos do direito, porquanto norteadora não apenas dos sentimentos de bondade, mas sobretudo ligada à possibilidade altruísta do perdão.

Como ficou demonstrado no curso deste texto, num autêntico Estado Democrático de Direito quem exerce agora soberania não é mais o Imperador, senão os lídimos representantes do povo. Somente eles têm o direito e legitimidade formal para julgar com clemência. E o Conselho de Sentença por eles encarnado é quem legalmente está autorizado a praticar virtude do perdão.

É por isso que no juízo técnico exercido pelo STJ - nem mesmo por qualquer outro Magistrado investido pelo Estado - competiria examinar o mérito ou proclamar clemência, uma vez que arrostam o compromisso de sempre fundamentar tais decisões segundo princípios e regras estabelecidas pelo direito, onde não se previu aquela possibilidade de perdão como excludente da punibilidade.

Diante de tais considerações parece acertado aquele arranjo processual e por ora resumidamente descrito nesta conclusão, mais compatível com os comandos constitucionais aplicáveis à espécie e sem descuidar da estreita observância aos rigores formais, que também se denotam como garantias individuais observadas e ofertadas dentro das estruturas do Estado.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Ricardo. R. O tribunal do júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 15, São Paulo, 1996.

COOK, John A. **Consilium Principis**. Cambridge: University Press, 1955.

DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas: Papirus, 1996.

FERREIRA, Aurélio B. Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2014.

GRILLO, Brenno. Conflito de precedentes: STJ analisa se tribunal do júri é soberano para absolver réu por clemência. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 16/abr./2016. Disponível: <http://www.conjur.com.br>.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

OLIVEIRA, Luizir de. **Sêneca, a vida na obra**. Dissertação (Mestrado). Departamento de Filosofia. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1998.

SÊNECA. **Tratado sobre a clemência**. Tradução de Ingeborg Braren. Petrópolis: Vozes, 1990.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Vol. I. 4. E.d. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: RT, 1999.

VINCI, Luciana Vieira Dallaqua; VINCI JÚNIOR, José. A função contramajoritária dos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Conjur**. 27 de abril de 2015. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais>, acessado em 11/nov./2018.

# PODER E MULTICULTURALISMO

## *POWER AND MULTICULTURALISM*

*Carlos Alberto Simões de Tomaz*<sup>34</sup>

Artigo recebido em: 20/11/2018.

Artigo aprovado em: 17/12/2018.

**Resumo:** A partir de uma análise crítico-descritiva, o artigo analisa o poder como fenômeno sociológico, político e jurídico. Divisa uma atuação hegemônica do poder por parte dos Estados líderes em defesa de uma identidade cultural unilateral imposta aos Estados periféricos, que se erige em detrimento das culturas locais, que se veem massificadas pelos efeitos da globalização. Aposta, em conclusão, no multiculturalismo guarnecido pelo princípio da subsidiariedade participativa em defesa da democracia e da efetividade da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** poder; soberania; globalização, multiculturalismo; democracia.

**Abstract:** From a critical-descriptive analysis, the article analyzes power as a sociological, political and juridical phenomenon. It points to a hegemonic performance of power by the leading states in defense of a unilateral cultural identity imposed on the peripheral states which are massified by the effects of globalization. In conclusion, it bets on multiculturalism, which is guided by the principle of participatory subsidiarity in defense of democracy and the effectiveness of the dignity of the human person.

**Keywords:** power; sovereignty; globalization, multiculturalism; democracy.

## 1 INTRODUÇÃO

O destaque da agenda do terceiro milênio encontra-se, sem dúvida, na problemática dos direitos humanos. A preocupação com a efetividade dos direitos humanos e condições dignas de vida tem fervilhado aqui e alhures.

Nesse contexto, em face dos efeitos da globalização, busca-se divisar meios para afastar a global e unilateral massificação da identidade impingida pela cultura ocidental, buscando-se preservar valores e direitos a fim de ensejar uma globalização que seja homogênea, vale dizer, que respeite as identidades multicivilizacionais, não partindo, portanto, do falso suposto de hegemonia de uma cultura.

A partir daí, avulta-se de suma importância uma revisão teórica da concepção jurídico-política do poder. De fato, a presença e atuação de novos atores não-governamentais no cenário nacional e internacional

---

<sup>34</sup> Pós-doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor da Universidade Vila Velha.

tem deslocado o exercício do poder para outro eixo, desviando do tradicional sentido vetorial vertical como é tradicionalmente tratado na teoria política ou jurídica.

Essa nova atuação do poder ocorre em rede. É produto do que se convencionou chamar “sociedade em rede” e floresce no solo fértil do princípio da subsidiariedade-participativa.

Neste artigo, a partir de uma análise crítico-descritiva, o fenômeno do poder e o multiculturalismo serão analisados à luz de ideias traçadas por pensadores como Bobbio, Foucault, Habermas, Castells, entre outros, ao escopo de alvitrar elementos que possibilitem melhor compreender a nova constelação internacional em que vivemos.

## **2 A COMPREENSÃO CLÁSSICA DO PODER COMO FENÔMENO POLÍTICO-JURÍDICO**

Talvez poucos tenham enfrentado tão bem o poder em sua concepção eidética como o fez Saint-Exupéry na famosa obra *O Pequeno Príncipe*. Aliás, deste livro, que ganhou expressão na literatura mundial como uma fábula infantil e no campo da auto-ajuda para adolescentes e adultos, pode-se colher verdadeiras lições jurídico-políticas para os dias de hoje. No que pertine ao poder, recorde-se que o Pequeno Príncipe habitava sozinho um minúsculo planeta e bastava recuar um pouco a cadeira para contemplar o pôr-do-sol quantas vezes quisesse. O livro registra que o Pequeno Príncipe chegou a ver o sol se pôr quarenta e três vezes num único dia! E ao viajar, deparou-se o Pequeno Príncipe com um asteróide habitado por um rei sem súdito, mas que tinha pretensão de mandar no universo, que não hesitou um só instante em desferir um amontoado de ordens ao Pequeno Príncipe. Assim, divisou o Pequeno Príncipe que se ele fosse detentor de tanto poder, como aquele monarca que se dizia soberano do universo, teria podido assistir, não a quarenta e três, mas a setenta e dois, ou mesmo cem, ou mesmo a duzentos pores-do-sol no mesmo dia, sem precisar sequer afastar a cadeira! (SAINT-EXUPÉRY, 2002, p. 26.27 e 34-41). Sozinho no seu planeta, o Pequeno Príncipe não tinha em quem mandar. Iludia-se, pensando que mandava no sol e isso lhe satisfazia tanto que num só dia chegou a ver o pôr do sol quarenta e três vezes. É dizer, quarenta e três vezes pensou que mandou o sol se pôr, quando, na verdade, era o deslocamento de sua cadeira que ensejava a deflagração do movimento do planeta de modo a gerar dia e noite (explicação científica) e não a vontade do Pequeno Príncipe. Igualmente, aquele solitário monarca não mandava em nada. Satisfazia-lhe a ilusão de que reinava sobre o universo.

O autor deixa o leitor extrair a correta ideia de que o poder é inerente à natureza humana. Significa dizer: onde estiver o homem, aí haverá a manifestação do poder como fenômeno sociológico. Sim, o poder é obviamente um fenômeno social. E era exatamente por isso que nem o Pequeno Príncipe, nem o solitário monarca exerciam poder algum. Não havia em quem mandar. O poder, como fenômeno sociológico, é fundamentalmente uma relação entre dois pólos: um pólo de *mando* e um pólo de *obediência*. Essa relação

social se projeta no plano vertical, não no plano horizontal. Horizontalmente, deixa de ser poder para ser cooperação.

No dia a dia, muitos se iludem como o Pequeno Príncipe e o rei solitário pensando que mandam e que são obedecidos. Na verdade, todos nós mandamos e todos nós obedecemos ao mesmo tempo. Considere-se, por exemplo, a relação de amizade entre duas pessoas. Por mais amigas que sejam, essa relação jamais se projetará horizontalmente, sempre um exercerá uma influência, ainda que mínima, sobre o outro, da mesma sorte que aquele que é influenciado com certeza influenciará outrem.

Impende, a partir daí, ou seja, considerando-se o poder como fenômeno social, verificar como a relação de mando e obediência se projeta dentro e fora do Estado. Deveras, para alguém poder deflagrar uma relação de mando e de obediência em nome do Estado é necessário que esteja investido de parcela de poder estatal. Esse alguém é denominado corriqueiramente de autoridade. Na linguagem jurídica, agente político, tipo especial de servidor público encarregado de manifestar a vontade em nome do Estado. A investidura, para tanto, ocorre sob as mais variadas formas: o rei, por exemplo, investe-se do poder do Estado, para deflagrar relações de mando e de obediência, pelo simples fato de ser o sucessor na linha de ascensão ao trono. Já nas repúblicas, as formas vão desde a escolha pelo voto, o concurso público ou a nomeação. Porém, não basta que alguém se encontre legitimamente investido para exercer o poder do Estado. É preciso, igualmente, que o exercício do poder se projete nos limites traçados pelo Direito. É dizer, em outras palavras, a autoridade, uma vez legitimamente investida, deve atuar no âmbito da legalidade, não devendo agir contra ou fora do espaço legal sob pena de agir com arbítrio ou desvio de poder em defesa da satisfação de interesse outros que não os eleitos pela norma.

Aí estão, portanto, os dois princípios nucleares da concepção democrática: legitimidade e legalidade, sem os quais não se concebe o exercício do poder na órbita do Estado.

O homem, quando nasce, já se encontra mergulhado na estrutura de poder do grupo primário: o poder de família que permite a tomada de decisões em relação a pessoa dos incapazes e de seus bens. Mas o homem começa a participar de grupos sociais secundários, onde são deflagradas novas relações de poder, como por exemplo, igreja, escola, associações econômicas, culturais, recreativas, de classe, sindicatos, partidos políticos. Então, existe, dentro do Estado, o poder da família, da igreja, das universidades, das corporações econômicas, dos times de futebol, da OAB, do CREA, dos sindicatos dos trabalhadores e da representação patronal, das várias opções políticas organizadas em partido, das federações, confederações, etc., etc. Mas há de haver um poder que se sobreponha a todas estas esferas de poder. Um poder que decida o conflito de interesse deflagrado entre o indivíduo e quaisquer grupos, dos indivíduos entre si e das próprias esferas de poder entre si. Desse poder, diz-se ser o poder de decisão em última instância, dentro do âmbito do Estado, que não admite poder maior nem igual a ele. Essa qualidade do poder do Estado é a soberania.

A soberania, todavia, se projeta no plano externo. E aqui, ela pode ser encarada como a qualidade do poder do Estado de não admitir, no plano internacional, a existência de poder maior do que o poder estatal. Admite, tão apenas, poderes iguais.

Nessa perspectiva, vê-se que a soberania foi tomada como uma qualidade do poder do Estado, não como um elemento constitutivo, como defendem alguns, o que permite admitir a existência de Estados que conseguem expressar essa qualidade do poder em grau maior do que outros no plano internacional. Com efeito, do ponto de vista jurídico a norma de Direito Internacional Público vazada no princípio da igualdade entre os Estados propugna por que, repita-se, do ponto de vista exclusivamente jurídico, todos os Estados sejam igualmente soberanos porque gozam da mesma personalidade jurídica internacional, encontrando-se, portanto, igualmente capacitados para adquirir direitos e contrair obrigações. Por outro lado, enfrentada a questão sob o prisma político, militar, econômico, científico ou tecnológico, não há como não admitir que existam Estados que conseguem expressar em maior grau essa qualidade de seu poder ou, como se queira, Estados mais soberanos que outros.

O conceito de soberania tem, todavia, sofrido o impacto das mudanças que o mundo tem enfrentado nas últimas décadas do século passado e no início deste século. Deveras, não se pode mais concebê-la, como fez Kelsen (1992, p. 161), “apenas dentro do domínio do normativo”. Com efeito, a projeção desta qualidade do poder do Estado encontra-se entrelaçada em relações de hetero-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico. Porém, um ponto merece reflexão: o mestre da Escola de Viena se mostra convencido quando aponta para a circunstância de que é pressuposto de uma posição monista com primazia do Direito Estatal sobre o Direito Internacional, a soberania absoluta do Estado. Sim, porque soberano seria apenas o “Estado cuja ordem jurídica fosse o ponto de partida de toda sua estrutura... O Direito Internacional é válido apenas por ser reconhecido pelo Estado mencionado em primeiro lugar, o qual é soberano porque a ordem jurídica internacional é considerada parte de sua ordem jurídica e, portanto, inferior a ela.” (KELSEN, 1992, p. 373).

Sob tal contextura, e em face do predomínio do monismo com primazia do direito interno ou, quando menos do dualismo para ensejar a incorporação da norma internacional à ordem interna, a soberania ainda é encarada de forma absoluta, e isso, como se verá adiante, tem comprometido a fundamentabilidade dos direitos humanos e a atuação da comunidade e entes governamentais não-centrais em prol da dignidade da pessoa humana num mundo que se diz globalizado.

### **3 O PODER HEGEMÔNICO E O FORTALECIMENTO DE UM ESTADO CENTRALIZADOR, BUROCRÁTICO E TECNOCRATA COMO TENDÊNCIAS EM DESCOMPASSO COM O IDEAL DEMOCRÁTICO**

Nessa linha de ideias pode-se dizer que o Estado, neste século XXI, palmilha por dois caminhos que, sem dúvida, podem distanciá-lo do eixo democrático. Divisa-se, com efeito, no plano externo, que a manifestação da soberania tem conduzido a posturas hegemônicas de Estados fortalecidos político-economicamente em detrimento dos Estados periféricos. Por outro lado, no plano interno, a busca de eficiência e a administração dos escassos recursos disponíveis a guisa de se alcançar os objetivos previamente definidos, tem conduzido os Estados pelos passos de uma sensível centralização de poder aliada a uma política de redução de direitos historicamente incorporados ao patrimônio social. Ambos os fenômenos, como se disse, mostram-se inteiramente na contramão da perspectiva democrática.

O confronto funcional destas duas posturas enseja a seguinte indagação: pode existir ordem internacional democrática convivendo com Estados internamente não democráticos? A resposta requer o enfrentamento do poder hegemônico e das tendências da democracia diante do fenômeno da centralização tecno-burocrática do poder.

### **3.1 O Poder hegemônico**

A dissolução da União Soviética rompeu com a bipolaridade do poder no cenário mundial. Com efeito, os EUA se consolidaram como o maior núcleo de poder que, sem concorrente, estabelece uma política internacional voltada para definir a atuação dos demais atores do cenário, imprimindo limites às experiências nacionais. Esse chamado unilateralismo norte-americano encontra-se fincado na crença da “universalidade da cultura ocidental”. Essa crença, amparada no crescimento ímpar da cultura ocidental, imprime a ideia de que em torno dela devem quedar outras culturas (as não-ocidentais), porque desviadas do eixo civilizatório adotado como padrão de globalização. Isso tem conduzido a uma política imperialista do principal Estado-núcleo da civilização ocidental, que não tem poupado esforços, inclusive com violação a princípios como o da autodeterminação dos povos, da não intervenção e do pacto de não-agressão, ao escopo de preservar a civilização ocidental ante uma expansão de outras culturas.

Com efeito, Huntington (2001, p. 396) registra a lição de Schlesinger Jr para quem entre os ocidentais, há o sentimento arraigado de que “as ideias de liberdade individual, democracia política, império da lei, direitos humanos e liberdade cultural (...) são européias, não são idéias asiáticas, nem africanas, nem do Oriente Médio, a não ser por adoção.”. Ora, é verdade que o berço do liberalismo e da democracia é a Europa. Deve-se, sem dúvida, ao pensamento político europeu a propagação pelo mundo dos ideais de liberdade, democracia e direitos humanos. Todavia, a adoção destes ideais não amesquinha em nada outras culturas, que se não os desenvolveram elas próprias, tal se deu em razão de que o desenvolvimento ocidental, sobretudo, da Europa, ocorreu em passos mais rápidos em comparação com as culturas asiáticas ou orientais, e em muito maior distância em relação à cultura africana. Aqueles ideais, contudo, não são

privilégios da cultura ocidental. São inerentes à natureza humana. Devem ser entendidos, isto sim, como normas que integram o chamado *ius cogens*, de natureza, portanto, supraconstitucional e metacultural, que mais cedo ou mais tarde aflorariam no pensamento político de qualquer cultura. Coube à ocidental ser o carro-chefe da locomotiva.

Mas é em nome de uma expansão da cultura ocidental, eleita como a única apropriada para o desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana, que tem se erigido o poder hegemônico, hoje concentrado nos EUA. A ação unilateral norte-americana não foi inicialmente cogitada quando do término da “guerra fria”. De fato, chegou-se a pensar que com o fim da bipolaridade o mundo passaria para um clima de harmonia nas relações internacionais, com a vitória do capitalismo e da democracia liberal. Huntington (2001, pp. 32-33), descrevendo esta fase assevera que

A expectativa de harmonia era largamente partilhada. Líderes políticos e intelectuais elaboraram opiniões similares. O muro de Berlim tinha caído, os regimes comunistas tinha desmoronado, as Nações Unidas iriam assumir uma nova importância, os antigos rivais da Guerra Fria se engajariam em “parceria” e numa “grande negociação”, a ordem do dia seria a manutenção da paz e a imposição da paz. O presidente do país líder mundial proclamou a “nova ordem mundial”; o decano da que talvez se possa chamar a universidade mais importante do mundo vetou a nomeação de um professor de estudos de segurança porque sua necessidade havia desaparecido: “Aleluia! Não estudamos mais a guerra porque a guerra não existe mais. O momento de euforia no fim da Guerra Fria gerou uma ilusão de harmonia, que logo se viu não passar disso. O mundo ficou diferente no início dos anos 90, mas não necessariamente mais pacífico. As mudanças eram inevitáveis, o progresso não. Ilusões semelhantes ocorreram, por breves períodos, ao final de cada um dos outros grandes conflitos do século XX. A I Guerra Mundial foi “a guerra para acabar com todas as guerras” e para tornar o mundo seguro para a democracia. A II Guerra Mundial, na colocação de Franklin Roosevelt, iria “pôr fim ao sistema de ações unilaterais, às alianças exclusivas, aos equilíbrios de poder e a todos os outros expedientes que tinham sido tentados durante séculos – e tinham fracassado sempre”. Em vez disso, teríamos “uma organização universal” de “Nações amantes da paz” e o começo de uma “estrutura permanente de paz”. No entanto, a I Guerra Mundial gerou o comunismo, o fascismo e a inversão de uma tendência de mais de um século rumo à democracia. A II Guerra Mundial produziu uma Guerra Fria que foi realmente global. A ilusão de harmonia no fim da Guerra Fria logo foi dissipada pela multiplicação de conflitos étnicos e de “limpeza étnica”, pela ruptura da lei e da ordem, pelo surgimento de novos padrões de alianças e conflitos entre os Estados, pelo ressurgimento de movimentos neocomunistas e neofascistas, pela intensificação do fundamentalismo religioso, pelo fim da “diplomacia de sorrisos” e da “política do sim” nas relações da Rússia com o Ocidente, pela incapacidade das Nações Unidas e dos Estados Unidos de acabarem com sangrentos conflitos locais e a crescente disposição de afirmação de uma China emergente. Nos cinco anos seguintes à queda do Muro de Berlim, a palavra “genocídio” foi ouvida muito mais vezes do que em quaisquer cinco anos durante a Guerra Fria. O paradigma de um só mundo harmônico está claramente divorciado demais da realidade para ser um guia útil no mundo pós-Guerra Fria.

É nesse cenário que para o referido autor “o poder está-se deslocando da civilização ocidental que há tanto tempo predomina para civilizações não-ocidentais. A política mundial tornou-se multipolar e multicivilizacional.” (HUNTINGTON, 2001, p. 29) Daí os esforços e ações de legitimação duvidosa do Estado líder mundial, com a cooperação de outros Estados-núcleos ocidentais como a Inglaterra, França e Alemanha, em defesa da expansão da cultura ocidental, ao escopo de reprimir a tendência multipolar e multicivilizacional, que revela um crescimento de Estados de culturas não ocidental ou não alinhados, a

ponto de se cogitar de formação de novos núcleos de influência, como a China, até mesmo a Índia e o Brasil. Essa tendência, que tem empreendido ações conjuntas dos principais Estados-núcleos ocidentais e mais da Rússia, que se tem firmado como Estado-núcleo de influência no seu entorno, tem, não raro, sido fraturada como, por exemplo, quando da guerra do Iraque, ante a posição ostentada pela França e pela Alemanha, como também pela Rússia, o que ensejou a postura unilateral e hegemônica, sem precedentes, dos EUA em deflagrar a guerra sem a autorização da ONU. Aqui, mais uma causa da hegemonia do poder do Estado líder: a preocupação com a segurança mundial, que tem ensejado uma política de combate ao terrorismo, sobretudo depois da explosão das torres gêmeas, aliada à política desarmamentista nuclear.

A segurança e a paz mundiais, nessa contextura, passam a ser, a bem da verdade, sinônimo de segurança dos Estados-núcleos ou segurança do sistema sócio-econômico-cultural ocidental e, em sua defesa, não se tem poupado agressões à dignidade da pessoa humana.

Um mundo multipolar e multicivilizacional, com a possibilidade mais ampla de integração civilizacional, integrado por novos agentes que deslocam o eixo do poder antes exercido verticalmente e polarizado necessariamente pela vontade criadora e aplicadora do Direito monopolizada pelo Estado, parece ser o paradigma da resistência democrática, que encontra o ambiente propício quando se rompe esse monopólio e enseja o aparecimento e atuação de novos atores.

### **3.2 O Estado centralizador, burocrático e tecnocrata. A expansão do poder ascendente e o princípio da subsidiariedade**

No plano interno, o exercício do poder revela que a democracia amarga frente a uma tendência enormemente centralizadora. Com efeito, o Estado moderno se viu diante de sérias dificuldades para atingir suas finalidades. A escassez dos recursos, a passagem de uma economia de mercado para uma economia globalizada, planificada, de difícil controle pelo processo de criação e aplicação normativa, sobretudo diante do aspecto multifacetário das relações de produção e consumo de bens e prestação de serviços, a concentração de riquezas, as políticas salariais, previdenciárias, assistenciais, em suma, tudo isso tem exigido do Estado bem administrar os escassos recursos, visando otimizá-los em defesa do desejável nível de bem-estar social de seus povos, o que não tem sido tarefa fácil.

Nesse espaço, lembra Bobbio (2002, p. 46) que

Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados a decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Na época dos Estados absolutos, como já afirmei, o vulgo devia ser mantido longe das *arcana imperii* porque era considerado ignorante demais. Hoje o vulgo é certamente menos ignorante. Mas os problemas a resolver – tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição de renda – não se

tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?

Isso tem determinado, segundo o festejado autor italiano, um “contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base, e portanto diametralmente oposto ao sistema de poder democrático.” (BOBBIO, 2002, p. 47).

De fato, a experiência nos tem mostrado que as decisões, no mais das vezes, são tomadas sem a necessária vinculação à vontade dos governados; é que "o governo contemporâneo é cada vez menos um governo de leis, cada vez mais um governo de homens (...) grande parte das obrigações que pesam sobre o homem não resultam da lei ( ... ) provêm de atos ‘com força de lei’ editados pelo Executivo: Decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, etc.” (FERREIRA FILHO, 1980, p. 13).

Talvez o acúmulo cada vez maior da função legiferante no poder executivo justifique-se em decorrência das necessidades prementes da atividade estatal em acompanhar o desenvolvimento por que passa o mundo moderno, e daí o ceticismo de alguns autores quando se debruçam na análise sobre o futuro do Estado. Shils, citado por Dallari (1980, p. 150), entre cinco espécies de sistemas políticos que apresenta, fundamentando-se na experiência dos Estados modernos do pós-guerra, é completamente descrente, e nenhuma de suas opções (Democracias Políticas, Democracias Tuteladas, Oligarquias Modernizantes, Oligarquias Totalitárias e Oligarquias Tradicionais) se coadunam com a concepção do Estado de Direito.

Ainda no tocante à questão, Dallari (1980, p. 164) afirma que “a racionalização objetiva implicando formas autocráticas de governo” é um dos caracteres futuríveis do Estado, mas ao lado disso vê a necessidade de uma “integração crescente do povo nos fins do Estado”. E arremata: "Estas duas peculiaridades aparentemente opostas à primeira vista, deverão ser conjugadas para a obtenção de um novo equilíbrio interno".

Sem dúvida alguma este equilíbrio só se obtém quando, a par de todo o progresso científico e tecnológico, que inevitavelmente exige celeridade nas tomadas de decisão, levando cada vez mais a um racionalismo centralizado do poder, o Estado possibilita a existência de condições de igualdade, não de igualdade formal, mas de igualdade pragmática, alcançada quando o interesse propulsor da atividade estatal está voltado para o povo e não para a satisfação dos interesses de grupos dominantes. O poder deixa de ser um fim para ser um meio, um instrumento para consecução daquele fim.

Para fazer face a essa tendência, afirma Bobbio (2002, p. 67) que

...o processo de democratização, ou seja, o processo de *expansão do poder ascendente*, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de

oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc. (os destaques não são do original)

É sob o influxo desse novo eixo que começa a formulação teórica do princípio da subsidiariedade. A ideia parte, portanto, do fato de que o Estado não tem conseguido, por si, atingir as finalidades, os objetivos pré-estabelecidos, ensejando, em decorrência, a atuação popular organizada e voltada para auxiliar, subsidiar a atuação do Estado, senão mesmo substituí-lo em determinados campos de atuação. Abre-se, aqui, espaço para atuação de organizações não governamentais (ONGs), associações comunitárias, de empresas, igrejas, sem falar no próprio incentivo impingido pelos governos locais no auxílio para a definição de metas, tarefas, dispêndios e prioridades por meio de orçamentos participativos ou outros mecanismos de consulta.

Enfrentando as bases científicas que ensejam a formulação do princípio da subsidiariedade, Baracho (1995, pp. 103-104) assevera que:

A elaboração teórica do Estado, aliada ao seu desenvolvimento na prática política, é resultante de etapas de seu desenvolvimento. As suas instituições básicas, sob o ponto de vista teórico e concreto, decorrem de anos de evolução política, tornando possível sua institucionalização. Essas circunstâncias demonstram a necessidade de uma revisão da própria estrutura do Estado. Estaria ela ultrapassada, tendo em vista a complexidade dos problemas econômicos, sociais, políticos e jurídicos. Não será ele, nos nossos dias, mecanismo de que não mais atende às grandes pressões sociais? As mutações estruturais e qualitativas da sociedade contemporânea, conduz a questionamentos sobre o conceito de “pluralismo”. O pluralismo não é apenas uma maneira nova de afirmar a liberdade de opinião ou de crença. É um sistema que vincula a liberdade na estrutura social, não objetiva desvincular o indivíduo da sociedade. O pluralismo conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio, entre as múltiplas tensões na ordem social. O Estado pode chamar a si a tarefa de promover a decisão, assumindo, inclusive, a legitimidade do conflito. O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõem a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices. As democracias de *poder aberto* não podem aceitar o entendimento shmitiano de que os interesses da sociedade colidem ou são incompatíveis com os interesses superiores do Estado. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade, não suprime a estrutura social muitas vezes antagônica. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos intermediários, através do consenso e da tolerância, propiciando o máximo de convivência comunitária. A multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado à relação entre *Estado e Comunidade*, principalmente nas sociedades onde ocorre sólida base comunal, propiciando maior interação entre o poder central e os poderes periféricos (*federalismo, regionalismo, municipalismo*). As alternativas da *minoria à maioria*, com os objetivos de renovação, o equilíbrio recíproco entre os diversos segmentos da sociedade, a alternância democrática, as novas e múltiplas variáveis introduzidas na *Teoria da Constituição*, apontam a qualidade constitucional que reside no sistema formal de distribuição orgânica das funções, mas também na interpretação de leitura coordenada dos conceitos de função, estrutura e processo, por meio de conclusões, sugestões e práticas renovadas.” (destaques do original).

Sem dúvida, a expansão do poder ascendente sob os trilhos da subsidiariedade avulta-se um caminho para conter a tendência centralizadora, burocrática e tecnocrata do Estado em defesa do fortalecimento do ideal democrático.

Está-se divisando, na linha de ideias ora expendidas, os caminhos que se apropriam a serem palmilhados pelo Estado em fortalecimento da democracia no terceiro milênio, bem como se apontando os empecos para uma convivência internacional mais fraterna.

#### **4 O EXERCÍCIO DO PODER EM REDE. A NOVA CONSTELAÇÃO. A ATUAÇÃO DE NOVOS AGENTES.**

Impende perceber que a concepção até aqui esboçada do poder como fenômeno político-jurídico, já focalizada dentro do multiculturalismo, encontra-se assentada na ideia de dominação presente entre dois pólos – o de mando e o de obediência – que deflagraria uma relação social verticalizada sem a qual inexistiria a relação de poder. No âmbito desta concepção, o Estado aparece no pólo de mando projetando a relação verticalizada, mas no sentido de cima para baixo.

Essa vetorização clássica da relação de dominação tem encontrado hodiernamente enfrentamento como se percebe das idéias de Bobbio para quem o poder tem se estendido da esfera das relações políticas para as relações em que o indivíduo aparece como centro de irradiação de vontade, naquilo que se tem chamado fenômeno da expansão ascendente do poder voltado para alterar o sentido do vetor.

A ideia, a bem da verdade, já se encontra esboçada em Foucault (2002, p. 184) quando assevera que

... o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise *ascendente* do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc, por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global. (o destaque não é do original).

Para o renomado autor, a microfísica do poder implicaria numa opção metodológica onde

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em *rede*. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles. (FOUCAUT, 2002, p. 193) (o destaque não está no original)

Dentro dessa linha de argumentação é possível afirmar que o fenômeno da expansão ascendente do poder, guarnecido sob o manto da subsidiariedade, propicia o exercício do poder em rede e tem se erigido em tendência para fortalecimento da democracia, ao passo que, ao mesmo tempo, impinge gravitação, que a depender da intensidade com que o fenômeno se desenvolva nas próximas décadas, terá o condão de senão desviar, ao menos suportar em melhores condições os efeitos irradiantes de núcleos hegemônicos de poder,

sobretudo do Estado líder mundial. Com isso, não se pretende defenestrar a globalização, bandeira sob a qual se irradia a expansão da cultura ocidental, untada pelo fortalecimento de um capitalismo atroz, tendente a aniquilar o equilíbrio que deve haver no binômio *capital x trabalho*. Definitivamente não! A globalização é fenômeno inevitável e irreversível.

Todavia, ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controles, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado consequências desastrosas para as relações de consumo. Tem-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. A carga tributária aumenta em nome de um pacto fiscal. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado para enfrentar o terceiro milênio com um mundo globalizado.

Neste contexto, algumas perguntas se impõem: a que propósito tais medidas? Mascarariam objetivos outros? Avultam-se como o caminho adequado a ser palmilhado? O pesado sacrifício que se tem imposto aos povos periféricos pelos Estados-núcleos justifica-se em nome de uma globalização que propiciará a integração desses povos a um contexto comunitário internacional apto a garantir a dignidade da pessoa humana, a plenificação dos direitos fundamentais e o fortalecimento da democracia?

Há, sem dúvida, caminhos para a globalização ensejar desenvolvimento, bem-estar social, fortalecimento da vontade popular e, via de consequência, da democracia e em decorrência viabilizar a paz entre os povos, assegurar, enfim, em uma palavra, por mais paradoxal que possa parecer, *inclusão*. Sim, uma globalização de inclusão, com base teórica lastreada, entre tantos outros caminhos, pelos percorridos neste artigo, onde os benefícios de acesso ao desenvolvimento, à tecnologia, aos bens e aos serviços, possam ser estendidos aos povos dos Estados periféricos e experimentados por todos os indivíduos. Uma globalização que seja homogênea, vale dizer, que respeite as identidades multicivilizacionais, não partindo, portanto, do falso suposto de hegemonia de uma cultura.

Enfrentando a globalização Habermas (2001, p. 84) assevera que utiliza o conceito “para a descrição de um processo, não de um estado final. Ele caracteriza a quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais.”

Esse processo enseja o que o referido autor convencionou denominar de *nova constelação pós-nacional*, que revelaria o ambiente de mudanças onde o Estado nacional atua neste milênio. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas onde o Estado aparece tomando ciência que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso.

Firmando a atuação da sociedade em rede, prossegue Habermas (2001, p. 84) asseverando que:

Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. “Rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais.

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder através de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada como aponta Castells (2001, p. 25). Aliás, Castells mostra com precisão a expansão do poder em rede que revela, por outro lado, que “as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana.” (2002, p. 40). Efetivamente, hoje divisa-se a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas, capital ilícito, etc.

## 5 CONCLUSÃO

É, sem dúvida, no cenário descortinado, que os indivíduos têm buscado se organizar sob o manto de fatores de identidade individual ou coletiva e, a partir daí, imprimido uma nova significação à globalização. O poder dessa identidade tem despertado a cada dia e tem se contraposto a uma identidade, como se disse, padronizada, imposta e não-diferenciada. O ambiente propício para o florescimento dessa identidade é o multiculturalismo, que se avulta como antídoto ao nivelamento de uma cultura dita ocidental. Castells, na série aqui já referenciada, tem se preocupado com a legitimação dessa identidade imposta pela globalização em descompasso com a identidade voltada para preservação de valores e crenças de movimentos em defesa

de governos locais, comunidades indígenas, mulheres, homossexuais, meio-ambiente, etc. Semelhante trabalho tem sido desenvolvido por Boaventura de Souza Santos<sup>35</sup>.

O fato é que o poder dessa identidade vem sendo cultivado pelos novos atores como associações ou organismos não governamentais os mais variados, que da mesma forma que as redes criminosas, desviam o poder do eixo vetorial para imprimir uma atuação em rede. Essa atuação tem ensejado um rompimento dos limites entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais na medida em que desviado o poder do eixo vetorial vertical, com a atuação em rede dos novos agentes, a soberania, conquanto ainda haja uma profunda assimetria em razão do poder econômico e do poder do próprio Estado, vê-se erigida em outras bases, quiçá legitimadas não pelo exercício de um poder hegemônico, mas pelo exercício de um poder em rede com maior participação da comunidade em defesa de interesses e valores.

Enfim, as veredas estão a vista... “...partes afastadas do mundo podem entre si estabelecer relações pacíficas, as quais por fim se tornarão legais e públicas, podendo assim aproximar cada vez o gênero humano de uma constituição cosmopolita.” (KANT, 1995, p. 137-138). A expansão ascendente do poder em rede, mercê de uma subsidiariedade-participativa, imprime o ritmo do vento em favor da democratização interna dos Estados. A tolerância sob o enfoque do respeito à diversidade cultural e da interação multicivilizacional, permitindo a aproximação e a interação entre comunidades, aliada a uma concepção aberta da soberania, desviada do eixo solipsista para propiciar cooperação, compartilhamento e integração em prol do desenvolvimento, enseja, também, o ambiente propício para desviar a órbita do poder hegemônico em defesa da dignidade da pessoa humana e coloca luz nos caminhos para a paz. Espera-se...

## REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. In: **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza”. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 1º volume da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”. 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade**. 2º volume da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”. 3ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

<sup>35</sup> Consultar série Reinventar a Emancipação Social para novos Manifestos, sobretudo o 3º volume intitulado Reconhecer para Libertar. Os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural editado pela Civilização Brasileira, Rio de Janeiro.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A revisão da doutrina democrática**. Problemas Brasileiros, Revista Mensal de Cultura, ano XVII, nº 189. São Paulo: 1980.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HUTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno Príncipe**. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

# CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO, AGRICULTURA FAMILIAR E ASSENTAMENTOS RURAIS

*BRAZIL'S FOREST CODE, FAMILY FARMING AND RURAL SETTLEMENTS*

*Virgínia Totti Guimarães<sup>36</sup>  
Juliana Chermont Pessoa Lopes<sup>37</sup>  
Paula Máximo de Barros Pinto<sup>38</sup>*

Artigo recebido em: 28/11/2018.

Artigo aprovado em: 17/12/2018.

**Resumo:** O presente trabalho visa analisar as normas do Código Florestal de 2012 aplicáveis aos agricultores familiares e, ainda, aos assentamentos rurais. A metodologia baseia-se em pesquisa e análise crítica da bibliografia, bem como levantamento de dados específicos relativos ao Cadastro Ambiental Rural. As peculiaridades do tratamento destinado aos assentamentos rurais no processo de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) são analisadas, objetivando-se apresentar questionamentos sobre os direitos e garantias dos assentados decorrentes desse cadastramento. O trabalho traz reflexões acerca das Cotas de Reserva Ambiental originárias de assentamentos rurais. Verificou-se que, no que se refere ao CAR, a maioria das regras específicas sobre assentamentos rurais direciona-se à simplificação dos procedimentos, mas não houve previsão sobre a necessária participação dos assentados na geração das informações a serem incluídas no Cadastro, bem como a garantia de amplo acesso aos estudos e dados produzidos no âmbito do INCRA. No que se refere aos pagamentos por serviços ambientais, além dos debates relativos a mercantilização da natureza, não há sequer menção sobre as cotas originadas de excedentes de vegetação nativa em assentamentos rurais, o que gera uma série de questionamentos a respeito dos direitos garantidos nos procedimentos estabelecidos pelo Código Florestal.

**Palavras-chave:** Código Florestal; assentamentos rurais; Cadastro Ambiental Rural (CAR)

**Abstract:** This work aims to analyze the rules of the Forest Code of 2012 applicable to family farmers, and especially those specific rules applied to rural settlements. The methodology is based on research and critical analysis of the bibliography, as well as the collection of specific data related to the Environmental Registry of Rural Properties. The peculiarities of the treatment to the rural settlements during the process of registration in the Environmental Registry of Rural Properties (CAR) were analyzed aiming to present questions about the rights and guarantees of the settlers. The work brings reflections about the Environmental Reserve Quotas created from forests inside rural settlements. It was verified that, regarding to the CAR, most of the specific rules about rural settlements in the Forest Code are directed to the simplification of the procedures, but there was no prediction about the necessary participation of the settlers in the generation of the information to be included in the registry, as well as the guarantee of others access to studies and data produced within INCRA. In addition, as far as payments for environmental services are concerned, besides the discussion about the natures mercalization, there is no mention of the generation of

<sup>36</sup> Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

<sup>37</sup> Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Estudante de Especialização em Políticas Públicas e Planejamento Urbano (IPPUR/UFRJ)

<sup>38</sup> Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

quotas originating from native forest inside rural settlements, which translates into a series of questions regarding the implementation of the Forest Code.

**Keywords:** Forest Code; rural settlements; Environmental Registry of Rural Properties (CAR).

## 1 INTRODUÇÃO

O Código Florestal de 2012 (Lei 12.651/2012) é resultado de um processo legislativo polêmico, em que se pode dizer que prevaleceram os interesses de determinado setor agrícola, atualmente representado pela Bancada Ruralista no Congresso Nacional.<sup>39</sup> Durante suas discussões, muito se argumentou sobre a necessidade de alteração das normas florestais para beneficiar a agricultura familiar, quando na verdade se tratava de interesses de grandes proprietários.

Três são os pilares do Código Florestal aprovado em 2012. O primeiro é a diminuição das regras de proteção ambiental, por meio da alteração de critérios técnicos para definição de áreas de preservação permanente (APP's), do estabelecimento de exceções ao regime geral de proteção destas áreas, da diferenciação jurídica entre apicuns e manguezais, dentre outros. O segundo pilar do Código Florestal de 2012 refere-se as ilegalidades, e é a regularização de atividades que ocorriam em dissonância à legislação em vigor, mediante a criação da área rural consolidada, bem como pela anistia de multas e crimes relativos ao revogado Código (Lei 4.771/1965). O terceiro pilar é a instituição de um mercado de pagamento por serviços ambientais no Brasil.

O presente artigo tem como objetivo analisar as normas do Código Florestal específicas sobre agricultura familiar e assentamentos rurais, como forma visibilizar o debate sobre os direitos destes sujeitos e discutir o processo político que os tem preterido em detrimento de outros interesses. Tem-se como pressupostos, de um lado, a extrema importância da agricultura familiar, com a necessária discussão sobre políticas públicas que a viabilizem e desenvolvam, e, de outro, o acirramento de uma agenda política de benefício ao agronegócio e agricultura extensiva.

A importância da agricultura familiar possui, ao menos, três dimensões que merecem ser destacadas, desde já. A primeira refere-se à identidade de ser agricultor ou camponês, o que inclui o direito a permanecer como tal, por meio de um estilo de vida próprio, vinculado à prática de atividades no campo. Não se pode negar tal direito a esse grupo social, fundamental para a constituição de identidades no Brasil. A segunda dimensão refere-se ao modo de distribuição no território brasileiro, muito extenso, e que não pode prescindir de ocupação humana em áreas rurais ou destinadas a atividades agropastoris. Outro fator está relacionado à relevância da agricultura familiar para produção de alimentos e do modo como isso ocorre. Como exemplo, destaca-se que, segundo informações do Governo Federal, apenas 30% dos

---

<sup>39</sup> Entende-se como Bancada Ruralista a Frente Parlamentar da Agropecuária, instituída a cada mandato legislativo do Congresso Nacional.

alimentos produzidos pela agricultura industrial chegam aos pratos da população mundial enquanto 70% são produzidos pela agricultura familiar.<sup>40</sup> Além disso, a agricultura familiar e os assentamentos de reforma agrária, em especial os do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), produziram cerca de 27 mil toneladas de arroz orgânico na safra 2017.<sup>41</sup>

Em relação à agenda política em curso atualmente, volta-se ao fortalecimento da agropecuária e da agricultura extensiva que tem recebido destaque no Congresso Nacional. Pode-se citar, como exemplo recente, a discussão do “Pacote do Veneno”,<sup>42</sup> projeto de lei cujo objetivo é facilitar a aprovação e liberação de agrotóxicos no Brasil, que, além de apresentarem risco à saúde da população, aos trabalhadores rurais e ao meio ambiente, demonstra o modelo de agricultura que se pretende ampliar no país.

Especificamente acerca da legislação florestal, deve-se notar que um dos instrumentos criados pelo Código Florestal é o Cadastro Ambiental Rural (CAR), que se configura como elemento central para o desenvolvimento das políticas públicas florestais, sendo um registro público nacional, com as informações ambientais relativas às propriedades e posses rurais. Objetiva-se assim, a analisar as regras específicas desse cadastro aos assentamentos rurais, como forma de identificar e estudar os direitos e garantias dos assentados em questão, apresentando-se, anteriormente, o CAR e suas principais características. Por fim, pretende-se introduzir algumas discussões acerca das Cotas de Reserva Ambiental (CRA's), igualmente previstas no Código, originárias de assentamentos rurais.

## 2 DISCUSSÕES ATUAIS SOBRE OS DIREITOS DOS AGRICULTORES FAMILIARES E ASSENTADOS DA REFORMA AGRÁRIA

A agricultura familiar está atrelada a questões que envolvem o acesso à terra e a reforma agrária. Apesar de ser uma atividade de importância ímpar ao abastecimento de alimentos e segurança alimentar,<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Disponível em <<http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/brasil-70-dos-alimentos-que-v%C3%A3o-%C3%A0-mesa-dos-brasileiros-s%C3%A3o-da-agricultura-familiar>>. Acesso em: 25 nov.2018.

<sup>41</sup> Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/578344-mst-colheu-27-mil-toneladas-de-arroz-sem-veneno#>> Acesso em: 28 nov. 2018.

<sup>42</sup> Apelidado de "Pacote de Veneno" por sua proposta de flexibilização das normas que regulamentam o uso de agrotóxicos no Brasil, o Projeto de Lei de autoria do Senador Blairo Maggi, com número na Câmara dos Deputados de PL 6.299/2002, pretende alterar a Lei nº 7802, de 11 de julho de 1999, que "dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, o destino, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências." Atualmente foi requerida a realização de Audiência Pública para debater as propostas relativas à regulamentação destes. A tramitação pode ser acompanhada no site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=&autor=&inteiroTeor=PL+6299/2002&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5B%5D&data=28/11/2018&page=false> Acesso em 28 jun. 2018

<sup>43</sup> Entendemos como segurança alimentar: “direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.” MACHADO, Renato Luiz Abreu. **Segurança Alimentar, Nutricional e Soberania Alimentar**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/acesso-a-informacao/institucional/conceitos>>. Acesso em: 25 nov.2018.

dentre outros fatores, a agricultura familiar esbarra em dificuldades inerentes à histórica concentração de terras existente no Brasil<sup>44</sup> e ao fortalecimento, nos últimos anos, da agricultura extensiva, sobretudo após a revolução verde. Ilustra bem estas dificuldades, o fato de que, mesmo consagrada na Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade<sup>45</sup> ainda gera, após 30 anos, inúmeros debates nos campos jurídico e político, com muitas resistências para a imposição de limites ao exercício do direito de propriedade e sua conformação a uma função social e ambiental.

Nos últimos anos, percebe-se uma articulação em torno de temas referentes ao acesso à terra, tanto em relação ao desmonte de políticas de reforma agrária, quanto em relação à possibilidade de concentração de grandes áreas rurais. Entende-se que a reforma agrária é a espinha dorsal para discussões que envolvam direitos de agricultoras(es), sobretudo, os que se relacionem com direitos socioambientais e a participação desses na gestão dos ativos florestais e de biodiversidade no Brasil.

O desmonte da política de reforma agrária pode ser percebido em diversas dimensões, como com a redução gradual da criação de novos assentamentos e a dificuldade de acesso a créditos que permitem a consolidação e reprodução da vida das famílias. Nesse contexto, insere-se a Lei federal 13.465/17, resultado a conversão da Medida Provisória 759/16, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, dentre outros assuntos. A Lei evidencia a prevalência de políticas públicas voltadas à produção de títulos individuais de propriedade ou posse em detrimento da reforma agrária, que somente é possível por meio do encadeamento de ações públicas voltadas para criação de assentamentos rurais, com políticas setoriais que levem à sua estruturação e posterior emancipação, bem como a condições que possibilitem a permanência dos assentados na produção rural. Neste sentido, destacam-se três questões centrais da Lei 13.465/2017: (i) a seleção de famílias beneficiárias do Programa Nacional de Reforma Agrária – PNRA; (ii) a consolidação e emancipação dos assentamentos; e (iii) a titulação provisória e definitiva dos parcelamentos concedidos.

O Decreto 9.311/18<sup>46</sup> estabelece que a seleção das famílias beneficiárias ocorrerá mediante edital público municipal para cada projeto de assentamento, através dos quais as famílias, individualmente, se

---

<sup>44</sup> Estudo realizado pela Oxfam Brasil, divulgado no final de 2016, com base no último Censo Agropecuário divulgado datado de 2006, toma-se ciência de que “Grandes propriedades somam apenas 0,91% do total dos estabelecimentos rurais brasileiros, mas concentram 45% de toda a área rural do país. Por outro lado, os estabelecimentos com área inferior a dez hectares representam mais de 47% do total de estabelecimentos do país, mas ocupam menos de 2,3% da área total”. OXFAM Brasil. **Terras da Desigualdade: terra, agricultura e desigualdades no Brasil Rural**. 2016. Disponível em <[https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-terrenos\\_desigualdade-brasil.pdf](https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-terrenos_desigualdade-brasil.pdf)> Acesso em: 25 nov.2018.

<sup>45</sup> Art. 5º, XXIII, da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

<sup>46</sup> O Decreto 9.311/18 dispõe sobre o processo de seleção, permanência e titulação das famílias beneficiárias do Programa Nacional de Reforma Agrária, um que vez que regulamenta, à luz da lei 13.465/17, a lei 13.001/14, que, por sua vez, dispõe sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária, bem como a lei 8.629/93, que regulamenta os dispositivos

inscreverão na tentativa de preencher os requisitos para concessão da parcela. O edital será elaborado com fundamento nas hipóteses em que são vedadas a concessão do lote e nos casos em que a concessão é prioritária (arts. 7º e 9º, Decreto 9.311/18). Além disso, cria-se tabela de classificação das famílias a partir da maior pontuação alcançadas nos critérios estabelecidos pela lei.<sup>47</sup> Sobre esse sistema, é preciso destacar o surgimento de uma condição de fragilidade para as famílias que ocupam a terra e que constroem o território a partir da relação com o meio ambiente físico e cultural. A lei estabelece como prioridade para concessão de lote o antigo proprietário desapropriado e, consecutivamente, os trabalhadores rurais arrendatários, posseiros, assalariados ou parceiros do imóvel desapropriado, reafirmando um cenário de conflito de terra. Nesse contexto, percebe-se um desvirtuamento da política de construção de assentamentos rurais pautados em uma lógica comunitária e de vizinhança, apontando para um simples loteamento.

Outro ponto relevante trata das formas de consolidação dos assentamentos e a consequente desvinculação do órgão fundiário. O assentamento será considerado consolidado em duas hipóteses, a primeira quando conclusos os investimentos<sup>48</sup> e concedidos os créditos de instalação para pelo menos 50% dos beneficiários (art. 46, Decreto 9.311/18). A segunda trata da ‘emancipação’ pelo tempo: quinze anos após sua implantação, o assentamento será considerado consolidado, independentemente do cumprimento

---

constitucionais relativos à reforma agrária. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9311-15-marco-2018-786320-publicacaooriginal-155039-pe.html> Acesso em: 26 de nov.2018.

<sup>47</sup> Art. 12. Caberá ao Incra, respeitada a ordem de preferência estabelecida no art. 9º, classificar os candidatos a beneficiários do PNRA, segundo os seguintes critérios e respectiva pontuação:

I - unidade familiar mais numerosa, cujos membros se proponham a exercer a atividade agrícola na área a ser assentada, conforme o tamanho da família e sua força de trabalho - até o limite de dez pontos;

II - unidade familiar que resida há mais tempo no Município em que se localize o projeto de assentamento para o qual se destine a seleção ou nos Municípios limítrofes - até o limite de dez pontos;

III - unidade familiar chefiada por mulher - cinco pontos;

IV - unidade familiar ou indivíduo integrante de acampamento situado no Município em que se localize o projeto de assentamento da seleção ou nos Municípios limítrofes - até o limite de quinze pontos, graduados conforme a proximidade do imóvel;

V - unidade familiar que contenha filho com idade entre dezoito e vinte e nove anos e cujos pai ou mãe seja assentado residente no mesmo projeto de assentamento para o qual se destina a seleção - até o limite de dez pontos;

VI - unidade familiar de trabalhador rural que resida no imóvel destinado ao projeto de assentamento para o qual se destina a seleção na condição de agregados - até dez pontos;

VII - tempo comprovado de exercício de atividades agrárias pela unidade familiar - até dez pontos; e

VIII - unidade familiar em situação de vulnerabilidade social e econômica, até o limite de dez pontos, graduados conforme a faixa de renda.

§ 1º As unidades familiares que, em 22 de dezembro de 2016, por força de contrato de comodato ou em decorrência de situação equivalente, residam ou estejam ocupando o imóvel a ser destinado ao projeto de assentamento, respeitada a ordem de preferência do art. 19 da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, terão prioridade na classificação de que trata este artigo.

§ 2º As pontuações previstas neste artigo são cumulativas e serão atribuídas conforme disciplinado pelo Incra.

§ 3º Considera-se a unidade familiar chefiada por mulher aquela em que, independentemente do estado civil, a mulher seja responsável pela maior parte do sustento material de seus dependentes.

§ 4º Na hipótese de empate, terá preferência a unidade familiar candidata chefiada pela pessoa mais velha.

<sup>48</sup> O Decreto define no inciso I, do artigo 46, o que se entende por “conclusão de investimentos” como:

“I- conclusão de investimentos:

a) a execução dos serviços de medição e demarcação topográfica georreferenciada do perímetro e das parcelas do projeto de assentamento, conforme critérios estabelecidos pelo Incra; e

b) a viabilização de meios de acesso no assentamento que permitam o trânsito de pessoas e o escoamento da produção e a instalação de energia elétrica, de abastecimento de água e de moradia no assentamento.”

dos requisitos de concessão de créditos de instalação e conclusão dos investimentos (art. 47, Decreto 9.311/18).

Por fim, como outra face da mesma moeda, cabe atenção especial à política de titulação definitiva dos lotes, que tem como finalidade a privatização de terras públicas e, como consequência, a volta dessas terras para o mercado imobiliário abrindo espaço para uma reconcentração fundiária.<sup>49</sup> O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) adotou como prioridade orçamentária a titulação, isso fica evidente quando, “em 2017, foram emitidos 123 mil títulos, um recorde em relação aos governos anteriores, cuja média entre 2003 e 2016 girou em torno de 20 mil títulos/ano”.<sup>50</sup>

O não reconhecimento da importância da agricultura familiar no Brasil refletiu-se, ainda, em recente votação na ONU sobre o direito dos camponeses, onde o terceiro comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas votou a favor da declaração,<sup>51</sup> aprovada com 119 votos favoráveis, estando o Brasil entre os 49 países que se abstiveram, desde as primeiras rodadas, alegando a necessidade de novas negociações.<sup>52</sup> A Declaração visa garantir a proteção dos direitos de todas as populações rurais, sejam elas camponesas, pescadores, artesanais, nômades ou agricultores, abarcando ainda comunidades indígenas e quilombolas, no caso do Brasil.

Outras iniciativas legislativas ainda merecem ser destacadas, ainda que não tenham sido aprovadas. Dentre elas, o Projeto de Lei (PL) 4576/2016, de autoria de Edinho Bez (PMDB/SC), que restringe a venda direta de produtos orgânicos por pequenos produtores rurais. Em um contexto campesino em que as políticas públicas de incentivo à agricultura familiar são escassas, o projeto tende a dificultar ainda mais tal atividade econômica.<sup>53</sup> Além disso, há ainda o PL 827/2015, que pretende instituir a Lei de Proteção de Cultivares,<sup>54</sup> em tramitação no Congresso Nacional. Esse projeto de lei pretende alterar a Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997, que institui a Lei de Proteção de Cultivares, e também poderá dificultar a criação, produção, distribuição e armazenamento de sementes por parte de pequenos agricultores, especialmente conforme seus costumes tradicionais.

<sup>49</sup> SAUER, Sérgio e LEITE, Acácio Z. Medida Provisória 759: descaminhos da reforma agrária e legalização da grilagem de terras no Brasil. **Retratos de assentamentos**, vol. 20, p. 22.

<sup>50</sup> MALERBA, Julianna. **Reconcentração Fundiária será o maior legado da contrarreforma agrária do governo Temer**. Brasil em 5. 2018. Disponível em: <<https://brasilem5.org/2018/03/20/reconcentracao-fundiaria-sera-o-maior-legado-da-contrarreforma-agraria-do-governo-temer/>>. Acesso em: 21 de nov. 2018.

<sup>51</sup> Disponível em: <<http://www.mst.org.br/2018/11/24/onu-aprova-a-declaracao-sobre-direitos-dos-camponeses-e-camponesas.html>>. Acesso em: 25 nov.2018.

<sup>52</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078410>>. Acesso em 25 nov.2018.

<sup>53</sup> Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/camara-aprova-projeto-de-lei-que-restringe-venda-direta-de-organicos/>>. Acesso em 25 nov.2018.

<sup>54</sup> “Cultivar é o nome dado às espécies de plantas que tenham sido modificadas por alterações ou introduções feitas pelos homens, geralmente desenvolvidas no cruzamento entre espécies puras diferentes, e que são encontradas naturalmente no meio ambiente”. PINHATA, Thais. **Projeto de Lei quer proibir agricultores de livremente produzir, distribuir e armazenar sementes**. Justificando. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/10/12/projeto-de-lei-quer-proibir-agricultores-de-livremente-produzir-distribuir-e-armazenar-sementes/>>. Acesso em: 25 nov.2018.

Verifica-se, assim, que há um movimento de enfraquecimento das políticas de reforma agrária, que tem a Lei 13.465/2017 como um de seus importantes marcos, mas que se associa a outras tantas iniciativas normativas de enfraquecimento de garantia do direito à terra e ao meio ambiente equilibrado.

### 3 UM CÓDIGO FLORESTAL PARA OS GRANDES PROPRIETÁRIOS

O Código Florestal de 2012 (Lei 12.651/2012) é resultado de um processo legislativo controverso, bastante acompanhado pela sociedade, comunidade científica e imprensa, em que prevaleceu os interesses de determinado setor agrícola. De acordo com a argumentação prevalente no processo legislativo dessa norma, era preciso ‘adequar’ a norma ambiental à realidade brasileira, em que 90% dos proprietários rurais não cumpriam com a então vigente Lei 4.771/1965.<sup>55</sup> Contrapunha-se, diretamente, a necessidade de adequação da norma à realidade social. Houve, assim, uma articulação política para alteração das normas em vigor, no sentido de abrandar as regras de proteção ambiental, especialmente as que incidem sobre a área rural, além de regularizar práticas que vinham sendo feitas ilegalmente.

Nesse sentido, o texto aprovado pode ser caracterizado, inicialmente, pela diminuição da proteção de áreas de preservação permanente (APP’s), ainda que possuíssem comprovada função ambiental, sendo muitos os casos que se poderiam mencionar para comprovar esse argumento, mas o que não será possível fazer nesse trabalho. Citam-se, como exemplos, os apicuns, o entorno de nascentes intermitentes, bem como o próprio modo de caracterização das matas ciliares que passam a ser consideradas a partir da borda da calha do leito regular, e não mais do leito de maior cheia.<sup>56</sup> Em relação à diminuição da proteção, pode-se destacar, ainda, o estabelecimento de exceções ao regime geral de proteção das áreas de preservação permanente, como ocorre nos casos de matas ciliares no entorno de reservatórios artificiais de água que não decorram de barramento ou represamento de cursos d’água naturais,<sup>57</sup> e acumulações naturais ou artificiais de água com superfície inferior a 1 (um) hectare,<sup>58</sup> que deixam de serem consideradas como APP’s.

O Código Florestal pode ser caracterizado, ainda, pela regularização de atividades que ocorriam em dissonância ao então Código Florestal (Lei 4.771/1965), diante da criação da área rural consolidada,<sup>59</sup> bem como pela anistia de multas e crimes relativos a essa mesma lei revogada. Nesse sentido, os responsáveis pelas atividades que ocorriam ilegalmente tiveram os benefícios da anistia da obrigação de reparação dos danos ambientais, das multas e crimes decorrentes destas condutas ilegais. Esses proprietários foram agraciados, sem qualquer contraprestação, em relação aos que cumpriam com a então lei em vigor, a eles

<sup>55</sup> Por todos, v. SALOMON, Marta. Reforma do Código beneficiaria 90%. **ESTADÃO**. 12.05.2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-do-codigo-beneficiaria-90-imp-,718130>>. Acesso em: 08 jul.2018.

<sup>56</sup> Art. 4º, I e IV e art. 11A, § 1º, Lei 12.651/2012.

<sup>57</sup> Art. 4º, § 1º, Lei 12.651/2012.

<sup>58</sup> Art. 4º, § 4º, Lei 12.651/2012.

<sup>59</sup> Pela definição legal, a área rural consolidada é “área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de posuio” (art. 3º, V, Lei 12.651/2012).

sendo garantido, ainda hoje, um regime diferenciado (repita-se, um regime mais favorável em relação aos que estavam regulares) de utilização dos imóveis rurais. No entendimento de ABELHA, a criação das áreas rurais consolidadas teve como único objetivo “legalizar inúmeras situações de ilícitos ambientais de infratores que desrespeitaram a legislação ambiental por terem destruído áreas de preservação permanente e de reserva ambiental”.<sup>60</sup>

Neste aspecto é importante lembrar que o regime jurídico das áreas rurais consolidadas permite a continuidade das atividades agrosilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas de preservação permanente, estabelecendo-se poucas regras de recuperação ambiental.<sup>61</sup> Dentre as regras destinadas a recomposição florestal, destacam-se às relativas às matas ciliares que utilizam como critério para determinar a extensão da APP o tamanho da propriedade – e não mais a largura do curso d’água.<sup>62</sup>

Por fim, como um último pilar do então Código Florestal, tem-se a instituição de um mercado de pagamento por serviços ambientais no Brasil, que igualmente trouxe o argumento da necessidade de concessão de incentivos financeiros aos proprietários, considerados fornecedores de serviços ambientais e agentes da preservação ambiental como um todo, mas que beneficia a todos, indistintamente, inclusive os que descumpriram a legislação. A lógica por trás da implementação dos pagamentos por serviços ambientais (PSA) descansa no pensamento da necessidade em se compensar os indivíduos promotores da preservação ambiental. Ou seja, a lógica que permeia os pagamentos por serviços ambientais no Código Florestal é a de promover um retorno financeiro aos indivíduos que preservam a vegetação nativa em suas propriedades privadas, independente se tiveram seus passivos, infrações e crimes ambientais anistiadas ou não.

Embora, durante todo o processo legislativo, existisse uma constante argumentação da necessidade de abrandar as normas que incidiam sobre pequenas propriedades ou agricultores familiares, pesquisas demonstram que os maiores beneficiários da alteração legislativa foram os grandes proprietários. Os números de áreas que deixaram de ser protegidas são bastantes expressivos. Segundo IMAFLORA, as anistias da reduziram o passivo de APP’s e RL’s em 41 milhões de hectares de vegetação nativa que deveriam, à luz da legislação anterior, ser restaurados. Os grandes imóveis, embora representem apenas 6% do total de imóveis rurais no país, possuem 59% das áreas com déficit de RL ou APP. Os pequenos imóveis (menores do que 4 módulos fiscais) representam 82% do número de imóveis e possuem apenas 6% das áreas com déficit.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Áreas consolidadas no Código Florestal (Lei 12.651/2012): uma vergonha sem precedentes no Direito Ambiental brasileiro. In **Revista de Direito Ambiental**. N, 69: 345-356. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pg. 347.

<sup>61</sup> Arts. 61A-63, Lei 12.651/2012.

<sup>62</sup> Art. 61<sup>a</sup>, § 1º-4º, Lei 12.651/2012.

<sup>63</sup> GUIDOTTI, Vinicius et al. Números detalhados do Novo Código Florestal e suas implicações para os PRAs. **Sustentabilidade em Debate**, n. 5, 2017. Disponível em: <[http://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5925cada05b49\\_SUSTemDEB\\_low\\_web\\_links.pdf](http://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5925cada05b49_SUSTemDEB_low_web_links.pdf)>. Acesso em: 28 nov.2018.

Além disso, deve-se notar que a lógica prevalente no Código Florestal, inclusive seu principal instrumento que é o Cadastro Ambiental Rural, é a da propriedade individual – e não distingue os diversos usos coletivos que são feitos das posses e propriedades no Brasil, como os relacionados a terras indígenas, quilombolas e de comunidades tradicionais, assentamentos rurais, dentre outros.

#### **4 CÓDIGO FLORESTAL DE 2012 E SUAS REGRAS ESPECÍFICAS SOBRE AGRICULTURA FAMILIAR E ASSENTAMENTOS RURAIS**

Não obstante o Código Florestal voltar-se aos grandes proprietários ou empresários do campo, e à lógica da propriedade individual, há algumas normas específicas relacionadas a agricultores familiares e assentamentos rurais. Nota-se que os assentamentos e projetos de reforma agrária são considerados pequenas propriedades ou posses rurais familiares, e, por isso, a eles são aplicáveis todas as normas a respeito destas.<sup>64</sup>

Há regras específicas sobre intervenção em APP's, uma vez que é considerada, como de interesse social, a exploração agroflorestal sustentável praticada na pequena propriedade ou posse rural familiar ou por povos e comunidades tradicionais, desde que não descaracterize a cobertura vegetal existente e não prejudique a função ambiental da área,<sup>65</sup> e, ainda, é caracterizada como atividade eventual ou de baixo impacto ambiental, a construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais, onde o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores.<sup>66</sup>

Nas áreas de preservação permanente de assentamentos rurais é admitido o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto na faixa de terra que fica exposta no período de vazante dos rios ou lagos, desde que não implique supressão de novas áreas de vegetação nativa, seja conservada a qualidade da água e do solo e seja protegida a fauna silvestre.<sup>67</sup>

A Lei estabelece, ainda, regras e procedimentos simplificados para os assentamentos, como para elaboração, análise e aprovação de planos de manejo de reserva legal,<sup>68</sup> de florestas nativas e formações sucessoras,<sup>69</sup> bem como para licenciamento ambiental de Plano de Manejo Florestal Sustentável (PMFS) comercial, ao qual ainda incidem normas especiais.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> Art. 3º, V, Lei 12.651/2012.

<sup>65</sup> Art. 3º, IX, Lei 12.651/2012.

<sup>66</sup> Art. 3º, X, Lei 12.651/2012. De acordo com a Lei, “A intervenção e a supressão de vegetação em Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal para as atividades eventuais ou de baixo impacto ambiental, previstas no inciso X do art. 3º, excetuadas as alíneas *b* e *g*, quando desenvolvidas nos imóveis a que se refere o inciso V do art. 3º, dependerão de simples declaração ao órgão ambiental competente, desde que esteja o imóvel devidamente inscrito no CAR” (art. 52).

<sup>67</sup> Art. 4º, § 5º, Lei 12.651/2012.

<sup>68</sup> Art. 17, § 2º, e 57, Lei 12.651/2012.

<sup>69</sup> Art. 31, § 6º, Lei 12.651/2012.

<sup>70</sup> Art. 56, Lei 12.651/2012.

O Código Florestal de 2012 traz um capítulo específico destinado à agricultura familiar, com regras sobre reserva legal, Cadastro Ambiental Rural (CAR), licenciamentos simplificados e programa de apoio técnico.<sup>71</sup>

Sobre a reserva legal de assentamentos, a Lei determina que poderão ser computados os plantios de árvores frutíferas, ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas da região em sistemas agroflorestais.<sup>72</sup>

Em relação ao apoio técnico e de incentivos financeiros aos assentamentos, e demais atividades consideradas como agricultura familiar, o Código prevê no caso de recomposição da vegetação da Reserva Legal<sup>73</sup> e de outras atividades de preservação, de modo mais geral, de acordo com o artigo 58 do diploma legal. Além disso, estabelece-se prioridade, aos agricultores familiares, para pagamento ou incentivo a serviços ambientais previstos no artigo 41, I, do Código. Além disso, há regra específica para recomposição de áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo ou no entorno de cursos d'água, lagos e lagoas naturais em assentamentos do Programa de Reforma Agrária, determinando-se que deverá observar os limites de cada área demarcada individualmente, objeto de contrato de concessão de uso, até a titulação por parte do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).<sup>74</sup>

Nesse sentido, embora o novo Código Florestal represente interesses desvinculados dos agricultores familiares, algumas normas os beneficiam e instituem um regime jurídico específico que busca atender suas peculiaridades.

#### **4.1 O julgamento da constitucionalidade do Código Florestal de 2012 pelo Supremo Tribunal Federal**

A Lei 12.651/2012 foi objeto de cinco ações propostas no Supremo Tribunal Federal (STF), sendo três de autoria do Ministério Público Federal, uma do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e outra do Partido Progressista (PP) julgadas em fevereiro de 2018.<sup>75</sup> Em sua maioria, os artigos questionados foram declarados constitucionais, com exceção de alguns poucos aos quais se deu interpretação conforme a Constituição Federal<sup>76</sup> ou declarou-se a inconstitucionalidade<sup>77</sup>. Para este

<sup>71</sup> Art. 52 e seguintes, Lei 12.651/2012.

<sup>72</sup> Art. 54, Lei 12.651/2012.

<sup>73</sup> Art. 54, parágrafo único, Lei 12.651/2012.

<sup>74</sup> Art. 61C, Lei 12.651/2012.

<sup>75</sup> O acórdão ainda não foi publicado. As ações em questão, que tiveram julgamento conjunto, são: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42 e Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937". Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370937>>. Acesso em: 21 nov.2018.

<sup>76</sup> O STF concedeu interpretação conforme a Constituição para exigir a comprovação de inexistência de alternativa técnica ou locacional aos casos de intervenção em APP por utilidade pública ou interesse social (art. 3º, VIII e IX), bem como para considerar como APP o entorno de nascentes e olhos d'água intermitentes (art. 3º, XVII e art. 4º, IV). Além disso, em relação a compensação de área de reserva legal desmatada, condicionou-se à existência de identidade ecológica com o espaço correspondente, localizado no mesmo bioma (art. 48, § 2º)

artigo, importa destacar os dispositivos questionados que se referem especificamente à agricultura familiar, o que será feito a seguir.

Um dos objetos de questionamento sobre a constitucionalidade diz respeito à extensão do regime jurídico dispensado a pequena propriedade ou posse rural familiar as propriedades com até 4 (quatro) módulos fiscais, bem como às terras indígenas demarcadas ou tradicionais tituladas que façam uso coletivo. Questiona-se, assim, o parágrafo único do artigo 3º da Lei 12.651/12 que determina: “Para os fins desta Lei, estende-se o tratamento dispensado aos imóveis a que se refere o inciso V deste artigo às propriedades e posses rurais com até 4 (quatro) módulos fiscais que desenvolvam atividades agrossilvipastoris, bem como às terras indígenas demarcadas e às demais áreas tituladas de povos e comunidades tradicionais que façam uso coletivo do seu território”.

Existe um tratamento jurídico diferenciado para agricultores familiares e pequenos produtores, entendendo-se que os primeiros possuem as particularidades oriundas de um sistema de produção que usa, de modo predominante, mão de obra da oriunda da sua família. Neste sentido, a Lei 11.326/2016, que aponta as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais, estabelece que seus destinatários devem utilizar-se predominantemente mão de obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, bem como tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento.

O Código Florestal ignora essas diferenças ao conferir tratamento igual para realidades completamente diferentes, permitindo, por exemplo, a intervenção em área de preservação permanente e reserva legal por qualquer proprietário ou possuidor rural de até 4 módulos fiscais, independentemente do uso que se faça da terra ou de ser um agricultor familiar (arts. 52 e 57, Lei 12.651/2012). A Lei aprovada não leva em consideração as distintas formas de uso da terra, em especial, os usos coletivos e compartilhados dos territórios e seus recursos naturais. No julgamento, o Supremo declarou essa equiparação compatível com a Constituição Federal.

Além disso, o Código Florestal trazia a necessidade de demarcação de terras indígenas e titulação de terras tradicionais para alcançar esse regime diferenciado, sem considerar que a titulação é mero ato formal de reconhecimento de uma relação originária e tradicional com o território, o que se torna mais grave quando somado ao cenário de omissão do Estado quanto à demarcação de terras. Sobre isso, a maioria dos Ministros do STF entendeu inconstitucional as expressões “demarcadas” e “tituladas”.

Outro ponto discutido pelo STF foi a admissão de plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto em área de preservação permanente em pequenas propriedades (art. 4º, §5º, Lei

---

<sup>77</sup> O STF declarou inconstitucionais a possibilidade de intervenção em áreas de preservação permanente para “gestão de resíduos sólidos” e “competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais” (art. 3, VIII, 'b') e a exigência de demarcação de Terras Indígenas e titulação de terras de comunidades tradicionais para tutela especial (art. 3º, parágrafo único).

12.651/12). Argumentou-se que o dispositivo violava o princípio da vedação ao retrocesso socioambiental, exceto em relação a comunidades tradicionais, em que deveria ocorrer o reconhecimento cultural material e imaterial dessas comunidades,<sup>78</sup> motivo pelo qual pleiteava-se a interpretação conforme a Constituição Federal. Por unanimidade, os Ministros declararam constitucional a previsão do Código Florestal.

Por fim, destaca-se a manutenção do art. 12, §4º, que permite a redução, para fins de recomposição, do percentual mínimo de reserva legal situada em área de florestal na Amazônia Legal de 80% para 50%, nos municípios que tiverem mais de 50% da sua área total ocupadas com Terras Indígenas e/ou unidades de conservação. A questão suscitada relacionava-se a distintas finalidades da manutenção da Reserva Legal, da demarcação das Terras Indígenas e da instituição de Unidades de Conservação, tornando-se sem sentido, portanto, a substituição entre elas.

## 5 CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) E ASSENTAMENTOS RURAIS

O CAR é um registro público nacional, obrigatório para todos os possuidores ou proprietários rurais,<sup>79</sup> sendo um dos instrumentos centrais para cumprimento e verificação das obrigações que decorrem do Código Florestal. Atualmente, o prazo para inscrição dos imóveis rurais no CAR é 31 de dezembro de 2018.<sup>80</sup> <sup>81</sup> O objetivo do Cadastro Ambiental Rural é reunir as principais informações ambientais sobre imóveis rurais no Brasil, constituindo uma base de dados destinada à fiscalização e formulação de políticas públicas.

Uma das principais características do CAR é o seu caráter auto declaratório, ou seja, o posseiro, proprietário rural ou órgão responsável pela inclusão das informações no CAR, o faz de maneira autônoma, com auxílio de técnico especializado, ou não, por meio de um sistema eletrônico denominado SISCAR, e essa declaração já produz efeitos jurídicos.

<sup>78</sup> BITTENCOURT, Naiara. **Placar do julgamento do código florestal no STF – Lei 12.651/12**. Terra de Direitos. 2018. Disponível em: <<https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/placar-do-julgamento-do-codigo-florestal-no-stf-lei-126512012/22752>>. Acesso em: 21 nov.2018.

<sup>79</sup> Art. 29, Lei 12.651/2012.

<sup>80</sup> Art. 29, § 3º, Lei 12.651/2012.

<sup>81</sup> Em 2018, cinco anos passados da promulgação da lei, ainda encontramos imóveis não cadastrados e tendo o governo federal estendido o prazo para cadastramento por mais um ano, até 31 de dezembro de 2018. Disponível em <<https://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/agronegocio/215012-prorrogacao-do-prazo-do-car-ate-31-de-dezembro-vai-beneficiar-18-dos-produtores-de-ms-que-ainda-nao.html#.W0Iul9hKgdU>>. Acesso em: 08 jul.2018.

Segundo informações do Serviço Florestal Brasileiro, responsável pela divulgação de dados parciais quanto aos imóveis já cadastrados, até 31 de outubro de 2018 havia 5.414.621 imóveis inscritos no CAR. Importante destacar que a soma da área declarada pelos proprietários representa um percentual maior do que a área passível de cadastramento, o que significa que a averbação do perímetro não é compatível com a realidade da malha fundiária rural. As informações disponíveis no Boletim não possibilitam uma análise diferenciada da inscrição de pequena propriedade destinada à agricultura familiar dos demais imóveis. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/documentos/car/boletim-do-car/3936-tabela-calculos-boletim-sicar-outubro2018-rev-rej/file>>. Acesso em: 22 nov.2018.

Enquanto não houver manifestação do órgão competente acerca das informações declaradas no CAR, a inscrição do imóvel estará efetivada para todos os fins previstos no Código Florestal.<sup>82</sup> Isso significa que os benefícios trazidos pelo Código Florestal aos proprietários ou posseiros de imóveis dependem tão somente das informações por eles declaradas no cadastro. Os principais efeitos da inscrição do imóvel no CAR são a obtenção e acesso ao crédito rural,<sup>83</sup> aos Programas de Recuperação Ambiental (PRA)<sup>84</sup> e a possibilidade de geração de Cotas de Reserva Ambiental (CRA).<sup>85</sup>

Nesse sentido, torna-se primordial que os órgãos ambientais atuem no sentido da fiscalização sobre a veracidade das informações e cumprimento das obrigações que decorrem do Cadastro. Atualmente, tem-se visto que a fiscalização está ocorrendo de modo remoto e que, embora exista uma previsão da possibilidade de o órgão ambiental competente realizar vistorias de campo para fiscalizar as informações declaradas no cadastro,<sup>86</sup> isso ainda não vem acontecendo.

Nota-se, ainda, a desvinculação do CAR da questão fundiária, prevendo-se, expressamente, que o cadastramento não será considerado título para fins de reconhecimento do direito de propriedade ou posse.<sup>87</sup> E, nesse sentido, não há qualquer disposição sobre análise da documentação sobre posse e propriedade, havendo, ainda, a possibilidade de ‘responsável direto’, que não seja o proprietário ou possuidor, estar incluído no cadastro.<sup>88</sup> Ocorre, contudo, essa escolha legislativa torna-se ambígua já que se, por um lado, viabilizou a existência de um cadastro com amplitude nacional, em um país que historicamente possui disputas fundiárias, inclusive em relação aos registros das terras, por outro lado, trouxe o problema da veracidade das informações que vem sendo incluídas no CAR. Os dados divulgados, que refletem as disputas de terras em curso no Brasil, indicam um número maior de área cadastrada que a existente,<sup>89</sup> evidenciando-se sobreposições,<sup>90</sup> inclusive em relação à terras públicas, unidades de conservação, terras indígenas demarcadas, territórios de comunidades tradicionais, dentre outros.<sup>91</sup> Além disso, tem-se visto que o Cadastro pode vir a ser utilizado para fins fundiários, havendo inclusive manifestações nesse sentido.<sup>92</sup>

<sup>82</sup> Art. 7º, §2º, Decreto 7.830/2012.

<sup>83</sup> Art. 78A, Lei 12.651/2012.

<sup>84</sup> Art. 59, § 2º, Lei 12.651/2012.

<sup>85</sup> Art. 44, § 1º, Lei 12.651/2012.

<sup>86</sup> Art. 7º, § 3º, Decreto 7.830/2012.

<sup>87</sup> Art. 29, § 2º, Lei 12.651/2012.

<sup>88</sup> Art. 5º, Decreto 7.830/2012. V. MOREIRA, Elaine. **O cadastro ambiental rural: a nova face da grilagem na Amazônia?**

Disponível em: <<http://www.abrampa.org.br/site/?ct=noticia&id=230>>. Acesso em: 08 jul.2018.

<sup>89</sup> Esses dados são produzidos pelo Serviço Florestal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/numeros-do-car>>. Acesso em: 08 jul.2018.

<sup>90</sup> Tem-se como exemplo o levantamento do Serviço Florestal Brasileiro divulgado pelo G1 que identificou 11.569 cadastros sobrepostos a terras indígenas, por exemplo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/cadastro-rural-tem-11-mil-declaracoes-de-propriedade-em-terras-indigenas.ghtml>>. Acesso em: 08 jul.2018.

<sup>91</sup> BARROS, Ciro et al. **As falhas e inconsistências do Cadastro Ambiental Rural**. Pública. 1 ago.2016. Disponível em: <<http://apublica.org/2016/08/as-falhas-e-inconsistencias-do-cadastro-ambiental-rural/>>. Acesso em: 08 jul.2018.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Ana Flávia de. **Especialistas defendem integração de cadastros para a regularização de terras no Brasil**. Disponível em: <<http://mundogeo.com/blog/2017/06/05/especialistas-defendem-integracao-de-cadastros-para-a-regularizacao-de-terras-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jul.2018.

No caso de assentamentos rurais, há algumas peculiaridades quanto ao cadastramento de suas áreas. Este Cadastro é realizado pelo INCRA,<sup>93</sup> por meio, inicialmente, de um procedimento simplificado, que dispensa a inclusão de determinadas informações, exigíveis aos demais. Para o cadastro de assentamentos, o Código Florestal exige apenas a apresentação de determinados documentos<sup>94</sup> e de croqui indicando o perímetro do imóvel, as áreas de preservação permanente e os remanescentes que formam a reserva legal.<sup>95</sup>

De acordo com o procedimento atualmente em vigor, o INCRA faz a inscrição dos assentamentos rurais, mediante o registro do seu perímetro, com inclusão, por meio de planilha digital, da relação de beneficiários do assentamento de reforma agrária.<sup>96</sup> Em um segundo momento, os assentados devem efetuar seus cadastros individualizados, com apoio do INCRA, prevendo-se a possibilidade de serem obtidas as informações ambientais dos lotes por meio do cruzamento do seu polígono com o perímetro do assentamento.<sup>97</sup>

Por fim, cabe destacar algumas regras previstas para os assentamentos rurais:

- para os assentamentos criados até 22 de julho de 2008, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008;
- para os assentamentos criados após 22 de julho de 2008, a Reserva Legal será constituída pelos percentuais definidos no art.12 da Lei nº 12.651, de 2012;
- para o cadastramento do perímetro do assentamento de reforma agrária ou para assentamentos onde não existe a individualização dos lotes, o cálculo da faixa marginal de recomposição de Áreas de Preservação Permanente ao longo ou no entorno de cursos d'água, lagos e lagoas naturais dar-se-á em função da fração ideal média do assentamento.<sup>98</sup>

As informações prestadas no Cadastro geram direitos e deveres, como a possibilidade de continuar com atividade agrossilvipastoris em determinadas áreas de preservação permanente, a obrigação de recuperação de APP's e reservas legais, a impossibilidade de utilizar outras áreas. Assim, para além das regras específicas acima destacadas, importante ressaltar a necessária participação dos assentados na geração das informações a serem incluídas no Cadastro, bem como o amplo acesso aos estudos e dados produzidos no âmbito do INCRA. Além de não resguardar seus direitos, a falta de comunicação entre os assentados e o INCRA, no processo de cadastramento dos assentamentos, pode gerar problemas no que tange ao uso da

<sup>93</sup> A Lei expressamente indica que os órgãos competentes integrantes do SISNAMA, ou instituição por ele habilitada, devem realizar a captação das coordenadas geográficas necessárias para alimentar os cadastros de posses ou propriedades destinadas à agricultura familiar (art. 53, Lei 12.651/2012). E, ainda, o INCRA também deve assinar, juntamente com o assentado, o termo de compromisso oriundo da adesão ao programa de regularização ambiental (PRA) (art. 5º, Decreto 8.235/2014), sendo responsável solidário pelo cumprimento das obrigações ambientais (arts. 56 e 57, Instrução Normativa 2/MMA/2014).

<sup>94</sup> Esses documentos são: identificação do proprietário ou possuidor rural; e comprovação da propriedade ou posse, previstos nos incisos I e II do § 1º do art. 29.

<sup>95</sup> Art. 55, Lei 12.651/2012; art. 8º, Decreto 7.830/2012; e art. 14, Instrução Normativa 2/MMA/2014.

<sup>96</sup> Art. 53, Instrução Normativa 2/MMA/2014.

<sup>97</sup> Art. 55, Instrução Normativa 2/MMA/2014.

<sup>98</sup> Art. 56, Instrução Normativa 2/MMA/2014.

propriedade rural e da própria vegetação nativa presente no interior dos lotes, uma vez que o cadastramento é feito por georeferenciamento, muitas vezes sem a devida inspeção técnica e participação dos assentados.<sup>99</sup>

## 6 QUESTÕES RELATIVAS AS COTAS DE RESERVA AMBIENTAL (CRA'S) COM ORIGEM EM ASSENTAMENTOS RURAIS

O Código Florestal traz, ainda, um capítulo sobre a possibilidade de instituição de um programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, que se traduz em pagamentos por serviços ambientais, compensação pelas medidas de conservação ambiental, necessárias ao cumprimento da Lei, bem como incentivos para comercialização, inovação e aceleração das ações de recuperação, conservação e uso sustentável das florestas e demais formas de vegetação nativa.<sup>100</sup>

Dentre essas normas, encontram-se as que tratam das cotas de reserva ambiental (CRA's), que representam uma remuneração aos proprietários rurais que possuem áreas com vegetação nativa excedentes em relação aos parâmetros determinados na legislação. Em outras palavras, o proprietário que possui área com vegetação nativa acima dos limites exigidos na legislação, poderá entrar em um mercado de negociação de títulos representativos desta mata. Essa previsão encontra-se no Capítulo X da Lei 12.561/2012, que trata sobre os pagamentos por serviços ambientais, uma novidade criada pelo novo Código Florestal.

As CRA's, assim, são títulos nominativos representativos de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação, que poderão ser utilizados para compensação de reserva legal de outrem ou, ainda, para negociação em mercados de cotas de carbono ou demais mercados de pagamentos por serviços ambientais.

A emissão da Cota ocorre por órgão competente do SISNAMA, em favor do proprietário rural que possui imóvel cadastrado no Cadastro Ambiental Rural. O título constitutivo da CRA, após emitido, deverá ser averbado na matrícula do imóvel no RGI competente.<sup>101</sup> Cada unidade de Cota de Reserva Ambiental representa um hectare de área com vegetação nativa primária, ou secundária, em qualquer estágio de regeneração ou recomposição, bem como áreas de recomposição mediante reflorestamento com espécies nativas.<sup>102</sup> Assim, o proprietário que tenha em seu imóvel rural tal excedente pode, por meio da geração de cotas, colocar à disposição no mercado os remanescentes florestais – ou áreas em processo de recuperação – localizados no interior de sua propriedade e que representem excedentes de reserva legal.

---

<sup>99</sup> Sobre direito de participação e livre consentimento, mas especificamente de povos tradicionais, em relação ao CAR, v. SOUZA FILHO, C. F. M. e ROSITO, F. D (orgs). **Estudos sobre o cadastro ambiental rural (CAR) e consulta prévia**. 1ª ed. Curitiba: Letra da Lei, 2016. p. 112.

<sup>100</sup> Art. 41, Lei 12.651/2012.

<sup>101</sup> Art. 44, Lei 12.651/2012.

<sup>102</sup> Art. 46, Lei 12.651/2012.

E quem seriam os interessados em adquirir essas cotas? São os proprietários ou possuidores rurais que possuem áreas rurais consolidadas em reserva legal<sup>103</sup> e que, atualmente, possuem três opções para sua regularização: (i) regeneração natural; (ii) recomposição florestal; ou (iii) compensação ambiental,<sup>104</sup> o que pode ocorrer, dentre outras opções, por meio de aquisição das CRA's.<sup>105</sup>

A emissão da CRA é realizada com base nas informações do imóvel rural cadastradas no CAR, o que nos devolve aos questionamentos anteriores sobre o caráter declaratório desse Cadastro e a necessidade de fiscalização por parte dos órgãos ambientais.

Como dito, pelo Código somente o proprietário do imóvel poderá solicitar a emissão das cotas, o que exclui os possuidores.<sup>106</sup> Essa previsão levanta questionamentos quanto aos direitos territoriais e autonomias das comunidades tradicionais, assentamentos rurais e povos indígenas, já que, muitas vezes, seus territórios são propriedade da União. Em outras palavras, permite-se que a União (ou outro ente público detentor da propriedade) possa emitir cotas de territórios tradicionais e assentamentos rurais, por ser proprietário, desvinculando-se dos direitos dos reais ocupantes e detentores da terra? Entende-se que não. A emissão de cotas relacionadas aos assentamentos rurais – e outras áreas de usos coletivos – deve ser objeto de consenso entre a União, no caso de se tratar de terra pública federal, e os assentados, mediante processo que assegure o consentimento livre, prévio e informado, restando, inclusive, a necessidade de sua regulamentação, igualmente a ser definida de modo participativo.

Por fim, importa destacar que a responsabilidade pela conservação da vegetação nativa fica com o proprietário rural que gerou a cota (e não com o adquirente da mesma).<sup>107</sup> Contudo, o verdadeiro encargo recairá sobre quem está na posse destes imóveis, sejam eles locatários, usufrutuários ou até possuidores, com título ou não. O Código Florestal de 2012 assim, além de anistiar os que não cumpriam com a legislação ambiental, acaba por transferir, muitas vezes, a responsabilidade pela manutenção da vegetação nativa ao elo mais fraco que são justamente os agentes de preservação ambiental. Nesse cenário, em relação aos assentamentos rurais, poderia restar, aos assentados, que possuem áreas protegidas além do que determina a legislação, ingressar nesse mercado de venda de cotas, arcando com a responsabilidade pela manutenção dessa vegetação nativa. Não se trata propriamente de uma opção, mas de uma falta de alternativa. Essa opção corresponderia a transferir, mais uma vez, o encargo da preservação ambiental, dessa vez dos que atuavam ilegalmente aos assentados.

<sup>103</sup> Ou seja, que não cumpriam com a legislação em 22 de julho de 2008 e precisam adotar medidas previstas no artigo 66 do Código para regularizar sua situação.

<sup>104</sup> A redação original do Código Florestal de 2012 trazia a permissão de compensação entre áreas do mesmo bioma – e não mais na mesma bacia hidrográfica, conforme o Código Florestal de 1965 (art. 66, § 5º, Lei 12.651/2012). Contudo, em sede de julgamento das Ações de Inconstitucionalidade deste, ficou decidido que tal dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição de 1988 para permitir compensação apenas entre áreas com a mesma identidade ecológica.

<sup>105</sup> Art. 66, Lei 12.651/2012.

<sup>106</sup> Art. 44, § 1º, Lei 12.651/2012. Assim, de acordo com o art. 44, no caso de assentamentos rurais, a União, por meio do INCRA, teria a atribuição de instituir a CRA para o excedente de reserva legal.

<sup>107</sup> Art. 49, Lei 12.651/2012.

Nesse sentido, igualmente no que se refere aos pagamentos por serviços ambientais previstos no Código Florestal de 2012, em principal o dispositivo da Cota de Reserva Ambiental, privilegia-se o proprietário que não cumpria com a legislação e possuía um passivo ambiental, em detrimento da proteção e tutela do meio ambiente.

## 7 CONCLUSÃO

Esse trabalho objetivou apresentar as regras do Código Florestal de 2012 – e suas normas complementares – aplicáveis aos assentamentos rurais, como forma de visibilizar as discussões sobre direitos e garantias dos assentados, nas questões que envolvem a aplicação da Lei, especialmente os referentes à inscrição de suas terras no Cadastro Ambiental Rural e possíveis questões relacionadas à geração de Cotas de Reserva Ambiental, tendo em vista que esse mercado ainda não está funcionando plenamente.

Uma vez considerados como pequenas propriedades ou posses rurais familiares, os assentamentos e projetos de reforma agrária atraíram a aplicação de normas de proteção de florestas a eles direcionadas, além de outras expressamente previstas aos assentamentos, muitas referentes ao procedimento relacionado ao CAR. Nesse sentido, embora a aprovação do novo Código Florestal represente interesses desvinculados dos agricultores familiares, em que preponderaram os dos grandes proprietários rurais, algumas normas acabam os beneficiando e instituindo um regime jurídico mais específico que atenda às suas peculiaridades.

Foram previstas regras para os assentamentos rurais, sendo a maioria direcionada à simplificação dos procedimentos, pensando-se na viabilidade de se produzir o cadastramento de todos os assentamentos no Brasil. No entanto, não houve nenhuma previsão sobre a necessária participação dos assentados na geração das informações a serem incluídas no Cadastro, bem como o amplo acesso aos estudos e dados produzidos no âmbito do INCRA. Os direitos de ampla participação e informação devem ser assegurados aos assentados, em atendimento às normas constitucionais, e, inclusive, pelas consequências geradas aos possuidores, que são responsáveis pela manutenção e eventual recuperação de áreas de preservação permanente e reserva legal.

Igualmente no que se refere aos pagamentos por serviços ambientais não há sequer menção à geração de cotas originadas de excedentes de vegetação nativa em territórios de comunidades tradicionais, povos indígenas ou, ainda, de assentamentos rurais. Muito menos um disciplinamento específico, que seria exigível diante das inúmeras peculiaridades dessas áreas. Não há similaridades entre tais áreas e propriedades individuais, sejam elas públicas ou privadas. E, ainda que, muitas delas, sejam constituídas em terras públicas, os usos coletivos nelas realizados impõem tratamento diferenciado, o que não foi previsto no Código Florestal de 2012.

A inexistência de um tratamento específico traduz-se em uma série de questionamentos como: em que casos poderão ser emitidas cotas em assentamentos rurais, como será a forma de participação dos assentados na decisão de emissão das cotas, de que modo ocorrerá a remuneração aos assentados pelos valores gerados pelas cotas, dentre outras. Nesse sentido, entende-se que a emissão de cotas relacionadas aos assentamentos rurais – e outras áreas de usos coletivos – deve ser amadurecida, largamente discutida entre os envolvidos e, ainda, regulamentada com regras específicas, a serem definidas de modo participativo.

Objetivou-se, assim, visibilizar o debate sobre os direitos dos agricultores e assentados e discutir o processo político que os tem preterido em detrimento de outros interesses, partindo-se, de um lado, da extrema importância da agricultura familiar, com a necessária discussão sobre políticas públicas que a viabilizem e desenvolvam, e, de outro, o acirramento de uma agenda política de benefício ao agronegócio e agricultura extensiva.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. A proteção das Florestas Brasileiras: ascensão e queda do Código Florestal. *In Revista de Direito Ambiental*, v. 5, n. 18, p. 21-37, abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8962>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BITTENCOURT, Naiara. Placar do julgamento do código florestal no STF – Lei 12.651/12. **Terra de Direitos**. 2018. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/placar-do-julgamento-do-codigo-florestal-no-stf-lei-126512012/22752> Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 9.311**, de 15 de março de 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9311-15-marco-2018-786320-publicacaooriginal-155039-pe.html> Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.326**, de 24 de julho de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm#art3) Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm) Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.465**, de 11 de julho de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm) Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Serviço Florestal Brasileiro. **Cadastro Ambiental Rural: Boletim Informativo**. 2018. Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/documentos/car/boletim-do-car/3936-tabela-calculos-boletim-sicar-outubro2018-rev-rej/file> Acesso em: 22 nov. 2018.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. *In Revista de Direito Ambiental*, v. 27, p. 58-69, 2002.

FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

GUIDOTTI, Vinicius et al. Números detalhados do Novo Código Florestal e suas implicações para os PRAs. **Sustentabilidade em Debate**, n. 5, 2017. Disponível em: <[http://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5925cada05b49\\_SUSTemDEB\\_low\\_web\\_links.pdf](http://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5925cada05b49_SUSTemDEB_low_web_links.pdf)>. Acesso em: 28 nov.2018.

GUIMARÃES, Virgínia Totti. **A (in)constitucionalidade do Novo Código Florestal no STF e o voto de Luiz Fux**. Justificando. : Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/12/05/inconstitucionalidade-do-novo-codigo-florestal-no-stf-e-o-voto-de-luiz-fux/>> Acesso em: 28 nov. 2018

LOPES, Juliana Chermont Pessoa. Os pagamentos por serviços ambientais (PSA) e a descaracterização dos espaços especialmente protegidos. *In Série Prêmio José Bonifácio de Andrada e Silva, Vol. 4*. Ana Maria de Oliveira Nusdeo (Org.). São Paulo : Disponível em: <[http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20180807153715\\_941.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20180807153715_941.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2018

MALERBA, Julianna. **Reconcentração Fundiária será o maior legado da contrarreforma agrária do governo Temer**. Brasil em 5. 2018. Disponível em: <<https://brasilem5.org/2018/03/20/reconcentracao-fundiaria-sera-o-maior-legado-da-contrarreforma-agraria-do-governo-temer/>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 9ª ed., revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Ana Caroline Pires. **Construção de dispositivos legais e agentes em disputa: o debate em torno do novo Código Florestal Brasileiro**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Maranhão, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, 2016.

MOREIRA, Elaine. **O cadastro ambiental rural: a nova face da grilagem na Amazônia?** Disponível em: <<http://www.abrampa.org.br/site/?ct=noticia&id=230>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

NETO, Salvador Xavier Júnior; et al. Diagnóstico do uso de agrotóxico na agricultura familiar na região de serra talhada-pe. **XIII Jornada de ensino, pesquisa e extensão – Jepex 2013** – UFRPE: recife, 09 a 13 de dezembro. Disponível em: <<http://www.eventosufrpe.com.br/2013/cd/resumos/r0202-1.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2018.

OLIVEIRA, Ana Flávia de. **Especialistas defendem integração de cadastros para a regularização de terras no Brasil**. Disponível em: <<http://mundogeo.com/blog/2017/06/05/especialistas-defendem-integracao-de-cadastros-para-a-regularizacao-de-terras-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

OXAM BRASIL. **Terrenos da Desigualdade: Terra, agricultura e desigualdades no Brasil rural. 2016**. Disponível em: <[https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-terrenos\\_desigualdade-brasil.pdf](https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-terrenos_desigualdade-brasil.pdf)> Acesso em: 28 nov. 2018.

PINTO, Paula Máximo de Barros. Os direitos originários dos povos indígenas e as implicações da inscrição de suas terras no cadastro ambiental rural (CAR). *In Série Prêmio José Bonifácio de Andrada e Silva, Vol. 4*. Ana Maria de Oliveira Nusdeo (Org.). São Paulo : Disponível em: <[http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20180807153715\\_941.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20180807153715_941.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2018

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Áreas consolidadas no Código Florestal (Lei 12.651/2012): uma vergonha sem precedentes no Direito Ambiental brasileiro. In **Revista de Direito Ambiental**. N, 69: 345-356. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALOMON, Marta. **Reforma do Código beneficiária 90%**. ESTADÃO. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-do-codigo-beneficiaria-90-imp-,718130>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

SAUER, Sérgio e LEITE, Acácio Z. **Medida Provisória 759: descaminhos da reforma agrária e legalização da grilagem de terras no Brasil**. Retratos de assentamentos, vol. 20, p. 14-40, 2017.

SILVA, José Antônio Aleixo da *et al.* **O Código Florestal e a Ciência: contribuições para o diálogo**. São Paulo: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, SBPC; Academia Brasileira de Ciências, ABC. 2011.

SOUZA FILHO, C. F. M. e ROSITO, F. D (orgs). **Estudos sobre o cadastro ambiental rural (CAR) e consulta prévia**. 1ª ed. Curitiba: Letra da Lei, 2016. p. 112.

SOUZA, Oswaldo Braga de. **STF considera constitucional grande parte do novo Código Florestal 2012**. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/stf-considera-constitucional-grande-parte-do-novo-codigo-florestal>> Acesso em: 28 nov. 2018.

# SANEAMENTO BÁSICO E PROTEÇÃO AMBIENTAL: ATENÇÃO PERMANENTE DO ESTADO NA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

*BASIC SANITATION AND ENVIRONMENTAL PROTECTION: PERMANENT ATTENTION OF  
THE STATE IN THE EXECUTION OF ESSENTIAL PUBLIC SERVICES*

*Adriana Freitas Antunes Camatta<sup>108</sup>*

Artigo recebido em: 03/12/2018.

Artigo aprovado em: 17/12/2018.

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo demonstrar, por meio de uma evolução histórica, que os serviços públicos de saneamento básico integram o conjunto das necessidades mínimas e essenciais à sobrevivência das pessoas. Assim, possuem expressivo reflexo nas políticas públicas, uma vez que se relacionam com diversas áreas como saúde, meio ambiente e urbanismo. Para tanto, a implantação de projetos de saneamento básico deve ser objeto de uma política pública do Estado para o planejamento demandado e adequado do setor.

**Palavras-Chave:** Saneamento básico. Políticas públicas. Estado. Meio ambiente.

**Abstract:** The aim of the present study is to demonstrate, by means of a historical evolution, that the public services of sanitation integrate the set of minimum needs and essential to the survival of the people. Thus, have expressive reflected in public policies, as they relate to various areas such as health, the environment and urban planning. For both, the implementation of projects of sanitation should be the object of a public policy of the State to the planning of the sector.

**Keywords:** Sanitation. Public policies. State. Environment.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o crescente e constante clamor pela melhoria da qualidade de vida e das condições ambientais (incluindo aqui a saúde pública), o presente estudo tem como objetivo demonstrar, por meio da evolução história do saneamento básico no Brasil, a intrínseca relação existente entre este e o ecossistema, demonstrando que o saneamento deve ser encarado como um fator básico para o desenvolvimento de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável.

Nesse sentido, aborda-se o desenvolvimento sustentável associado à utilização racional dos recursos naturais atuais, sem o comprometimento potencial das gerações futuras. Portanto, uma gestão voltada para o

---

<sup>108</sup> Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora da Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

meio ambiente e o seu respectivo desenvolvimento envolve estudos interdisciplinares como os setores econômicos, sociais, políticos e tecnológicos.

O saneamento básico, inclui em seu bojo o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, a limpeza pública e a drenagem das águas pluviais. Por limitação do objeto, o presente trabalho atentará de forma mais específica aos dois primeiros itens, uma vez que estão intrinsecamente ligados.

A ausência dos serviços de saneamento básico tem gerado precárias condições de saúde, comprometendo a sadia qualidade de vida e o equilíbrio do ambiente, uma vez que, hodiernamente, abordam-se essas ações não apenas sob o enfoque da engenharia sanitária, mas sob o viés ambiental.

Nesse prisma é significativo refletir se o Estado brasileiro possui instrumentos legislativos que garantam sua atuação como gestor e implementador das políticas públicas urbanas de modo a proporcionar condições mínimas de higiene e proteção ao meio ambiente?

Do ponto de vista legislativo, a resposta seria afirmativa, pois acredita-se que o país vem cumprindo parcialmente seu dever, tem legislações pertinentes ao tema, entretanto carece de maior interesse dos governantes em solucionar de vez o problema, principalmente nas regiões mais carentes onde há saneamento básico precário, conseqüentemente afetação ao meio ambiente e risco à saúde e vida das pessoas. Significa dizer, criar leis não basta é preciso efetividade na sua aplicação.

Dessa forma, demonstrar-se-á que é papel do Estado o desenvolvimento de ações consideradas como fundamentais, para que as finalidades da Constituição Federal sejam realizadas de forma sistemática e abrangente.

Nesse sentido, não resta olvidar que no sistema constitucional contemporâneo, os direitos fundamentais são dotados de prerrogativas específicas que estão diretamente relacionadas à dignidade da pessoa humana e à necessidade de sobrevivência dos indivíduos.

O Brasil, país hoje apontado como promissor do desenvolvimento econômico e influente opinador nos mais importantes debates mundiais, não pode permitir que sua população prescindia daquilo que lhe é mais fucral, saneamento básico.

Nesse contexto, o país ainda não conseguiu garantir, mesmo com toda a legislação vigente, uma infraestrutura mínima de saneamento e abastecimento de água. Alguns estudos apontam que a universalização desses serviços só seria possível em 2033.

Ainda hoje, a metodologia utilizada para a obtenção dos dados da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico é o censo feito pelo IBGE. Por meio dele, investigam-se os órgãos públicos e as entidades privadas que prestam os serviços de saneamento básico em âmbito nacional.

Alguns passos importantes já foram dados, mas há muito a ser feito em termos de saneamento básico, uma vez que o ideal seria que essa assistência atingisse a população de forma ampla e não apenas a determinadas regiões mais desenvolvidas.

A implantação de projetos de saneamento integra ações de saúde pública e deve constar na pauta das prioridades das políticas públicas dos Estados. Estas políticas devem estar interligadas a um planejamento de gestão ambiental.

Somente por meio dessa interação será possível admitir condutas que harmonizem o desenvolvimento humano por meio de uma infraestrutura básica (saneamento básico), aumento da qualidade de vida, prosperidade urbana e proteção ao meio ambiente por meio de uma visão pró-ativa de viabilidade.

O objetivo desse trabalho é demonstrar que esses elementos não podem ser analisados separadamente sendo o saneamento básico condição *sine qua non* para que se alcance um meio ambiente ecologicamente equilibrado com satisfatória qualidade de vida.

Portanto, os cidadãos que pertencem ao grupo do déficit de saneamento sofrem maiores conseqüências na questão da saúde e da qualidade de vida, do que aqueles que estão assistidos pelo serviço. E este ainda se encontra concentrado em regiões mais privilegiadas.

O presente estudo apresentará uma evolução história do saneamento básico no Brasil, em seguida o seu marco institucional e a necessidade de interligá-lo à proteção ambiental, principalmente no que diz respeito a saúde, a melhoria da qualidade de vida.

Utilizou-se da metodologia analítico-dedutiva, por meio de pesquisa exploratória de artigos científicos, legislações, jurisprudências e doutrina.

## **2 HISTÓRICO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL**

Nos séculos XVI, XVII, XVIII e a primeira metade do século XIX no Brasil, o poder público se mostrou completamente ausente em face das questões sanitárias, decorrência da herança colonial portuguesa, que até então só se preocupava com a exploração das colônias. (GROTTI, 2011).

Na verdade, àquele tempo, já havia uma preocupação por parte das comunidades indígenas com o saneamento, uma vez que estes armazenavam a água para o consumo, em talhas de barro e argila ou até mesmo em caçambas de pedra.

Já com os dejetos a preocupação se voltava na delimitação de áreas destinadas às necessidades fisiológicas e para a disposição dos detritos. Mas essas medidas ainda eram muito incipientes e precárias.

De fato, a história do saneamento básico no Brasil pode ser dividida em seis grandes fases: a primeira delas está adstrita ao período colonial; a segunda fase teve seu início em meados do século XIX até o início do século XX; a terceira fase refere-se ao início do século XX; a quarta fase abarca os anos 40; a quinta fase engloba os anos 50 e 60 e a sexta fase se estende a partir da década de 70 em diante.

Respectivamente à primeira fase, com a chegada da corte portuguesa no Brasil em 1808, várias situações se desdobraram devido ao aumento populacional gerado, demandando maior necessidade de

abastecimento de água e o descarte dos dejetos produzidos. A abertura dos portos em 1810 provocou vultosos impactos no país. Em menos de duas décadas, a população duplicou passando de 100.000 habitantes em 1822 para 135.000 em 1840. (PAULI, 2014).<sup>109</sup>

Portanto, pode-se considerar que a história do saneamento básico no Brasil se confunde com a própria formação das cidades. Iniciaram-se assim certas ações de saneamento que se resumiam à coleta de água em bicas e fontes nos primeiros povoados que se formavam, na drenagem dos terrenos e na instalação de chafarizes em algumas cidadelas.

Já no período Joanino alguns avanços foram conquistados e assim foi estabelecida a primeira rede de coleta para o escoamento das águas das chuvas. Mas esta atendia apenas as áreas na qual morava a aristocracia da época. (CAMATTA, 2015).

Nesse mesmo período, em 1840, foi fundada a primeira empresa de exploração de serviços de pipas de água, que eram transportadas em carroças puxadas por burros. Devido ao aumento populacional e com a emigração decorrente da corrida do ouro, melhorias no sistema de abastecimento de água se tornavam latentes. Desse momento em diante, passou-se a comercializar a água, deixando esta de ser um bem natural para se transformar em mercadoria. (CAMATTA, 2015).

Com aumento populacional, sem gestão adequada do espaço e tampouco dos serviços, a situação sanitária estava cada vez mais decadente. Apesar de existirem algumas leis fiscalizatórias nos portos, as epidemias se tornavam inevitáveis, chegando ao número de vinte e três epidemias letais na cidade do Rio de Janeiro, principalmente a de febre amarela. (PAULI, 2014).

Fatalmente e, dando início à segunda fase, diante do quadro de epidemias que se instalava, inicia-se a organização dos serviços de saneamento básico. Assim, as províncias passaram a transmitir as concessões às companhias estrangeiras, uma vez que elas não possuíam condições técnicas para organizar a administração dos serviços.

De 1857 a 1877, o governo de São Paulo, após assinatura com a empresa Achilles Martin D'Estudens, construiu o primeiro sistema Cantareira de abastecimento de água encanada. Já em 1861 foi a vez de Porto Alegre instalar o seu sistema e em 1876 o Rio de Janeiro utilizou o Decantador Dortmund e se tornou pioneira em nível mundial na elaboração de uma Estação de Tratamento de Água (ETA). (PAULI, 2014).

Inaugurando a terceira fase, em decorrência da insatisfação popular com os serviços prestados pelas empresas estrangeiras, começou-se a pensar em um sistema de saneamento mais bem estruturado para as cidades.

---

<sup>109</sup> Vide [www.cetesbps.org.br](http://www.cetesbps.org.br)

Assim, foi elaborado um plano para levar toda a água suja por meio de canos para um local adequado no qual ela poderia ser tratada de forma mais eficiente. Em virtude disso, se iniciou uma fase de estatização dos serviços e conseqüente vinculação dos serviços de saneamento a seus recursos.

Até então, a figura do Brasil no exterior era a de um país sinônimo de várias epidemias, local de viveiro de ratos e criadouro de vetores de várias doenças. Para minimizar tal impressão, algumas medidas fito-sanitárias passaram a ser tomadas, dentre elas a vacinação compulsória da população (fase higienista) o que gerou, em 1904 no Rio de Janeiro, a denominada Revolta da Vacina. (CAMATTA, 2015).

A constante preocupação no controle da febre amarela foi crucial para que se desenvolvessem sistemas de distribuição de água e coleta de esgoto. Dentre os sanitaristas da época destaca-se Saturnino de Brito que empenhou os seus esforços nesse sentido.

Chama atenção, a inauguração da cidade de Belo Horizonte, isto porque ela foi um marco na engenharia urbana, em 1897, foi planejada por esse sanitarista para ser a capital do estado mineiro servida por sistema de água e esgoto. Eis aqui então um embrião de um planejamento sanitário urbano.

Nessa fase, inclusive, ocorriam fluxos migratórios de pessoas do exterior que, somados ao surgimento de novas comunidades, agravavam o problema do saneamento e exigiam modificações urgentes nas redes de infraestrutura sanitária.

Todavia, em meados do século XIX que efetivamente foi implantada uma política de saneamento, com a proclamação de diplomas legislativos referentes ao tema. Até então, as redes de abastecimento de água e esgoto abarcavam apenas alguns núcleos centrais urbanos e atendiam pequenas parcelas da população mais abastada. (GROTTI, 2011).

Nesse momento, além de oferecer restrita abrangência dos serviços de saneamento, o Estado também pecava por sua qualidade. Diante de sua incapacidade para administrar tantos problemas e da crescente insatisfação popular, foi concedida às empresas privadas a maioria das concessões dessas atividades.

Ocorre que, a partir de 1910, novos rumos vão ditar as regras do saneamento e os Estados voltam a buscar tanto auxílio técnico-financeiro como recursos humanos junto à União. O período compreendido pelo pós-guerra somado a decadência das ações estrangeiras no campo dos serviços públicos fez com que a questão do saneamento básico retornasse paulatinamente ao Poder Público. (CAMATTA, 2015).

Houve, portanto, uma centralização das ações públicas num esforço contínuo de combate às endemias em prol da saúde. O grande foco era a organização de uma política nacional de saneamento como meio de uma reforma que possibilitasse a unificação das políticas de saúde e saneamento nas mãos do Governo Federal. (CAMATTA, 2015).

Procurou-se então inserir as áreas desprestigiadas nesses serviços e foram criadas comissões, conselhos, diretorias e repartições com o encargo de ampliá-las.

Em 1912 a drenagem passa a ser um elemento obrigatório dos projetos urbanísticos bem como a adoção de um sistema separador absoluto entre os sistemas de esgoto sanitário e os sistemas de drenagem pluvial. (PAULI, 2014).

Em 1930 cria-se o Ministério da Saúde e em 1940 o Departamento Nacional de Obras de Saneamento (DNOS). Nesse período, muitas concessões foram canceladas e encampadas pelo Poder Público por absoluta falta de investimento por parte das empresas. (GROTTI).

Já a partir dos anos 40, início da quarta fase, esta centralização dos serviços públicos se intensifica com maior intervenção do Estado na economia. No período Vargas ocorre um aumento do êxodo rural para os centros industriais, principalmente do sudeste, acarretando conseqüentemente um aumento na demanda por serviços de saneamento. (CAMATTA, 2015).

Assim, inicia-se então a comercialização desses serviços e o surgimento de autarquias como instrumentos financiadores para o abastecimento da água. Aos poucos, o setor de saneamento básico separa-se do setor de saúde pública e são criadas as Inspetorias de Águas e Esgotos. (PAULI, 2014).

Os anos de 50 e 60, quinta fase do saneamento, são marcados por maior abertura ao capital estrangeiro dentro de um contexto desenvolvimentista. Surgem as empresas de economia mista e a participação do Banco Interamericano de Desenvolvimento como financiador das companhias.

Esse período marcou uma transição entre um modelo de gestão centralizada para certos serviços que adquiriram natureza autônoma. Os serviços de saneamento básico começam a ser assumidos pelos Municípios, criando os Departamentos de Água e Esgoto (DAEs) e de Serviços Autônomos de Água e Esgoto (SAEs). (GROTTI)

Observa-se aqui uma alteração significativa do papel desempenhado pelo Estado (União), que passa a ser mais orientador e fiscalizador do que executivo. Os Estados e Municípios começam a se estruturar implantando administrativamente serviços de saneamento.

Não se pode deixar de mencionar que lançamento do Plano Nacional de Financiamento para Abastecimento de Água, foi relevante na história do saneamento básico, pois se tornou o grande marco na reformulação das políticas no setor. Entretanto, essa gestão foi muito criticada em virtude da incapacidade técnica dos institutos outrora mencionados, gerando morosidade dos serviços e desperdício de investimentos realizados.

Em 1964, com o estabelecimento da ditadura militar, retoma-se a centralização das decisões a nível federal. Cria-se o Banco Nacional da Habitação (BNH) que passa a ser o grande gestor dos recursos arrecadados com o FGTS que, posteriormente, passará a ser o principal instrumento de suporte de toda política de saneamento.

Até o momento, não existia um plano ou programa que organizasse a questão do saneamento no Brasil. Havia apenas legislações esparsas e elas não possuíam nenhuma integração ou sistematização. Em

virtude disso, posteriormente, os vários programas de financiamento ao saneamento foram aprimorados e reunidos sobre o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), dando início a sexta fase.

O PLANASA foi instituído em 1969, mas foi a partir de 71, sob o regime militar, que se constituiu em ferramenta elaborada pelo Governo Federal para que os Estados implementassem nos seus Municípios os sistemas de abastecimento de água e esgoto.

Esse Plano previa a autonomia e auto-sustentação por meio das tarifas e financiamentos baseados em recursos retornáveis. Houve extrema concentração de decisões, havendo imposições das companhias estaduais sobre os serviços municipais.

Aos Municípios foi imposta a obrigatoriedade da criação das Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs), às quais foram concedidas os sistemas de saneamento urbano, imposição condicional para que os Municípios pudessem receber recursos da União.

Um dos principais objetivos do PLANASA era, por meio da autossustentação financeira do sistema e da erradicação do déficit sanitário, eliminar as demandas dessa área. Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2011. p. 23), “a meta era estender o fornecimento de água potável a 80% da população urbana e os serviços de esgotamento sanitário a 50% da mesma”.

Ocorre que o modelo do PLANASA acabou entrando em crise em função de dois fatores básicos: problemas com os recursos do Governo Federal a partir da segunda metade dos anos 80 e devido às grandes mudanças no quadro jurídico e político-institucional do país, com o fim do regime militar e a vigência da Constituição municipalista de 1988. (OLIVEIRA FILHO).

As mudanças institucionais e políticas que ocorreram, somadas ao processo de democratização do país, desembocaram no surgimento de leis orgânicas municipais e, conseqüentemente, na descentralização das atividades, na municipalização das políticas sociais e na elaboração participativa dos planos diretores municipais.

Alguns fatores, como o fortalecimento dos conselhos municipais e a própria autonomia administrativo-financeira concedida pela Constituição de 88 aos Municípios, fizeram com que o modelo centralizador do PLANASA não dispusesse mais de condições políticas e institucionais para assegurar a sua sobrevivência. Note-se que nesse período também houve um aumento da participação popular nas políticas de planejamento dos Municípios.

Quanto aos avanços conquistados na esfera dos serviços de abastecimento de água, o modelo estava programado para realizar as inversões nas áreas urbanas e em alguns serviços que se tornassem rentáveis, deixando de lado os serviços de esgotamento sanitário aos segmentos sociais que não podiam assumir os custos da política tarifária. (OLIVEIRA FILHO)

Portanto, a universalização dos serviços de abastecimento não foi efetivada, uma vez que parte da população era incapacitada para assumir o pagamento das tarifas. Assim, uma série crise institucional se

instala com o esgotamento do PLANASA. As instituições que eram integrantes do sistema se desagregam e a política de saneamento se torna pulverizada, acarretando o aparecimento de uma série de distintos órgãos e ministérios.

Tal situação impossibilitou a chance de se criar um marco regulatório importante para o setor. Após a extinção de fato do PLANASA, as ações governamentais passaram a ser desarticuladas e específicas.

Portanto, esse foi o quadro que se instalou nas décadas de 80 e início dos anos 90. A ausência de uma política global e coerente para o setor, fez com que a política de saneamento passasse a operar a partir de programas focados em segmentos sociais específicos e destinados a determinadas áreas urbanas. (CAMATTA, 2015).

Existia até então a falta de uma coordenação estatal unificada e eficiente, e uma lacuna no eixo institucional se estabeleceu, principalmente nas esferas de coordenação da política e de um projeto nacional para o setor.

Em 1992 foram implementados dois programas: o PRONURB e o PROSANEAR, destinados às favelas e periferias urbanas. Assim, pela primeira vez na história do saneamento, contemplou-se um programa de sistemas de esgotamento sanitário que incluiu entre suas prioridades a participação social.

Embora esses dois programas fossem tecnicamente mais inclusivos que as diretrizes contempladas no PLANASA, eles não se concretizaram em um novo modelo institucional para o setor de saneamento.

Assim, diante do vazio institucional instalado, proporcionou-se uma abertura para que propostas privatizantes surgissem no contexto neoliberal que se instalava nos países da América Latina durante os anos 90.

Outros projetos também foram apresentados, mas nem chegaram a ser apreciados pelo Plenário Legislativo. Durante os dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, optou-se por uma política de saneamento pouco avançada estruturalmente, contudo alguns avanços foram obtidos no quesito modernização e ampliação da cobertura de serviços. (GROTTI).

Em 1997 foi aprovada a criação do Programa de Financiamento a Concessionários Privados de Saneamento (FCP/SAN) com o objetivo de que, por meio de financiamentos, empreendimentos fossem implantados com o destino de aumentar a cobertura dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

No mesmo sentido, em 1999, o governo ainda estava comprometido com a ideia de acelerar os programas de privatização e de concessões dos serviços de água e esgoto.

Outra tentativa importante em se estabelecer um marco legal nesta seara aconteceu com o Projeto de Lei nº 4.147/2001 que propunha a reformulação do sistema de saneamento no país sob um enfoque de recentralização dessa gestão, mas ainda proporcionando condições para a privatização do setor.

Esse projeto também não vingou e com a ascensão do novo Governo a questão do saneamento se tornou um tema prioritário. Para tanto, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva criou o Ministério das Cidades como o principal órgão responsável pelas questões pertinentes à habitação e ao saneamento urbano e rural.

O Ministério se concretizou como um importante mecanismo de inovação institucional, pois possibilitou a integração de vários órgãos setoriais de gestão nacional da política urbana “sob a égide de uma única instituição, capaz de articular os diversos componentes da política urbana num modelo político de gestão matricial, que fosse capaz de atuar efetivamente na melhoria da qualidade de vida urbana” (OLIVEIRA FILHO).

Além disso, foi estimada uma meta de 20 anos para a universalização dos serviços básicos de abastecimento de água e coleta de esgoto e lixo. Criou-se a Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA), no âmbito deste Ministério, com o objetivo de universalizar os serviços de saneamento.

Com o seu advento, formava-se o contexto institucional adequado, com a necessária legitimidade política de que o setor necessitava e adequado suporte técnico ao processo de integração das ações no espaço urbano.

Apesar de seu curto período de existência, a Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental se mostrou importante no sentido de alavancar recursos técnicos e financeiros e de criar a sinergia necessária entre os atores do setor, com vistas à melhoria da qualidade dos serviços por meio da concentração de quadros técnicos da trajetória do saneamento. (OLIVEIRA FILHO).

Assim, foi elaborado um documento denominado “Política Nacional de Saneamento Ambiental”, no qual foi estabelecido um rol de princípios para uma política pública de saneamento. Também foi aprovado no mesmo ano, paralelamente, o uso da Parceria Público-Privada (PPP) para o segmento. (GROTTI).

O ano de 2003 se torna marcante em virtude dos novos rumos tomados no investimento do saneamento, resgatando e fortalecendo a gestão pública para investir na universalização desses instrumentos.

Nesse momento, ocorre a terceira tentativa de se aprovar uma lei, por meio do PL nº 5.296/05, com diretrizes totalmente voltadas para o segmento do saneamento e suas implicações. Entretanto, em meio a várias discussões e pressões entre grupos divergentes este projeto também não se realizou.

Tal insuficiência só foi preenchida em parte com a edição da Lei nº 11.107/2005 que dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum.

A política de saneamento obteve um grande espaço com a edição dessa Lei dos Consórcios Públicos, que estabeleceu uma base normativa para a gestão associada de serviços públicos entre os entes federativos.

Esse instrumento veio de encontro às novas diretrizes traçadas no âmbito dos consórcios públicos, além de possibilitar novas alternativas de arranjos regionais municipais. Promoveu-se assim uma integração entre as unidades de planejamento territorial utilizadas por políticas ambientais, como são exemplos as bacias hidrográficas. (CAMATTA, 2015).

Dessa forma, tornou-se mais viável e concreto analisar os problemas enfrentados por municípios limítrofes que possuíam as mesmas dificuldades nas áreas sociais, ambientais e de saúde e as mesmas vocações regionais.

Estabeleceu-se, portanto, um profundo processo de ordenação jurídica do setor de saneamento que, juntamente com as ações de retomada de investimentos e de racionalização e estruturação dos programas, apontavam para um novo marco institucional da política no Brasil.

Todos esses fatores acarretaram em um parâmetro político-institucional diferenciado, que estabeleceu uma relação significativa entre os agentes públicos do setor, no qual à União coube resgatar o seu papel na coordenação da política em âmbito nacional,

Sua principal missão se concentrou em fornecer instrumentos técnicos e institucionais necessários para que os demais entes da Federação pudessem implementar suas políticas de forma eficiente.

Nesse sentido já dispunha a Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988) em seu artigo 21, XX, compete à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Também o artigo 23, IX, é competência comum da União e dos entes federados “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

### **3 NOVO MARCO INSTITUCIONAL - LEI Nº 11.445/2007**

O marco regulatório do saneamento foi realmente conquistado com a edição da Lei 11.445/2007 (BRASIL, 2007), que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e a sua devida prestação, conforme previsto no artigo 21 da CF/88.

Tal Lei mostrou-se bastante controversa, mesmo antes de sua edição, uma vez que contava com a manifestação dos governos de vários Estados. Estes reclamavam prejuízos ao saneamento sob a alegação de que a atribuição de competências conferida aos Municípios aumentaria as deficiências do setor nas áreas mais carentes, bem como ocorreria a violação de vários contratos de concessão em vigor. (DANTAS, 2009).

Contudo, há que se destacar que essa Lei trouxe a tentativa de uniformização das diversas leis esparsas que tratavam da questão do saneamento básico no Brasil, por isso passou a ser um marco regulatório importante naquele momento.

Um ponto importante que a Lei destaca é o reconhecimento do serviço de saneamento básico como um serviço público, ou seja, objeto de uma política pública do Estado para o planejamento do segmento. Trata-se de uma obrigação do Estado dentro do contexto de uma gestão qualificada tida como imprescindível.

O artigo 2º da Lei 11.445/07 (BRASIL, 2007) estabelece: “os **serviços públicos** de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...)” (Grifo Nosso). Não restam dúvidas, portanto, quanto à natureza jurídica desses serviços, tanto pelo viés publicista quanto pela natureza das atividades.

Este novo diploma legal tem como objetivo, além da ampliação da rede de atendimento dos serviços de esgotamento sanitário, traçar princípios fundamentais que nortearão todo o serviço. Dentre eles destaca-se o princípio da universalização do acesso, o da integralidade, o da disponibilidade, o da eficiência e o da sustentabilidade econômica. (CAMATTA, 2015).

A regulação do serviço de saneamento, passa ser o cerne da discussão. Com a criação das agências reguladoras, elas tendem a prestar os serviços de saneamento de maneira mais eficiente e autônoma, mas dentro dos limites legais impostos pelo Estado. A este caberá a fiscalização de suas funções e o acompanhamento de seu real comprometimento.

Nesse sentido, as agências possuem independência decisória, incluindo nesse quesito autonomia administrativa, orçamentária e financeira. Tais prerrogativas tendem a proporcionar maior eficácia na consecução dos serviços proporcionando, pelo menos é o que se espera, um aumento na satisfação dos usuários. Para tanto, torna-se necessária a transparência, a tecnicidade e a celeridade nas decisões.

Embora se trate de serviço público, o diploma legal deixa bem claro que ele pode ser delegado a qualquer tempo. A titularidade do serviço é sempre pública, mas a forma de executá-lo pode ser transferida aos particulares interessados.

Tanto o é que, que a Lei 11.445/07 faz menção específica em relação aos Consórcios Públicos de modo a incentivar a colaboração entre os diferentes entes públicos, com a tentativa de universalizar o acesso ao serviço.

Apesar dos avanços que a legislação aponta, muitos Municípios carentes mal sobrevivem com dignidade em virtude dos poucos repasses financeiros obtidos. A população sofre com as doenças em virtude da falta de higiene e do saneamento básico. O que se conclui é que muitos Municípios pequenos não se tornam atrativos à iniciativa privada. (DANTAS, 2009).

A CF/88 dispõe em seu artigo 175 que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Considerando o saneamento básico um serviço a ser prestado, cabe ao Estado a garantia desse serviço, uma

vez que se trata de função indispensável à sobrevivência digna das pessoas e à manutenção do meio ambiente.

A Lei 11.445/2007 veio consagrar o que a Constituição já dispunha, mas também destacar os princípios fundamentais que devem nortear a prestação desse serviço público como: o abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos, realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente. Tudo indica uma tentativa de se concretizar a universalização dos serviços essenciais básicos e melhorar a qualidade de vida dos centros urbanos. Contudo, a expectativa formal da lei se mostra bem diferente da realidade. Novamente carece de efetividade!

#### **4 SANEAMENTO BÁSICO: DEVER PRESTACIONAL DO ESTADO PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

Atrelar saneamento básico a condições básicas de salubridade, saúde pública e ambiente faz com o Estado atue para a construção de uma sociedade ambientalmente mais sustentável e digna.

No Estado Moderno, a questão do saneamento encontra-se inserida na perspectiva dos direitos fundamentais a uma prestação, ou seja, trata-se de um direito social que imputa ao Estado o dever de realizar os efeitos constitucionalmente pretendidos em relação a tal serviço, por meio uma prestação eficiente de saneamento básico (ALMEIDA, 2011).

Estando assim na categoria irrefutável de serviço público, destina-se a satisfazer efetivamente as demandas coletivas. Devido à sua essencialidade, o Estado deve chamar para si essa competência.

A Constituição de 1988, é clara ao delimitar a competência tanto dos entes federados como também da Administração Pública buscando com isso cumprir certas finalidades, inclusive a efetivação dos direitos fundamentais, que por muitas das vezes dependem da implantação de políticas públicas eficazes para seu sucesso.

Tais políticas, muitas vezes são complexas, pois envolvem escolhas racionais dentro de uma escala de prioridades. Por exemplo, qual o interesse público envolvido? Qual direito se busca concretizar? A universalização do saneamento básico deve estar entre as respostas.

A proteção ambiental, com o advento do artigo 225 da CF (BRASIL, 1988), passa abranger não só a defesa dos ecossistemas, mas todos os seus elementos, incluindo a qualidade de vida, a qualidade do meio ambiente e o equilíbrio ecológico. Numa nova perspectiva do direito à vida encontram-se embutidas as condições ambientais.

Com efeito, essa interligação de temas: serviço essencial e qualidade de vida, torna-se relevante para o avanço das políticas públicas de acesso ao saneamento básico e, como consequência, para a

preservação do meio ambiente. O saneamento, ou saneamento ambiental, como queira, indica um conjunto de fatores que são inerentes a uma vida saudável. Fato! Razão pela qual deve ser ofertado pelo Estado e deste exigido.

É exatamente nesse raciocínio que caminha o artigo 225 da CF (BRASIL, 1988), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser definido como um direito transindividual (difuso), bem de uso comum do povo, erigido ao status de direito fundamental para a sua efetiva proteção. Esta deve ser abrangida por princípios e regras de preservação que assegurem o bem estar social.

O equilíbrio do ecossistema é essencial para a sadia qualidade de vida e dignidade dos indivíduos, bem como para o desenvolvimento econômico de uma sociedade, de forma sustentável.

## 5 CONCLUSÃO

Para se ter a real compreensão da atual situação do saneamento no Brasil, necessária uma análise formal de como o Estado assumiu esse serviço ao longo da história.

Cada período ofertou contribuição singular para que esse setor se desenvolvesse, ora por meio da necessidade de superação das doenças epidêmicas, ora para privilegiar determinada classe social ou para a promoção de políticas públicas. Vários fatores externos foram significativos para que o setor se estruturasse.

O período entre meados do século XIX até o início do século XX foi de suma importância, pois estabeleceu uma íntima conexão entre saúde e saneamento. A urgência para que fossem fixadas normas concretas de higiene fizeram com que as ações sanitárias se viabilizassem como pressuposto de desenvolvimento, possibilitando que fossem firmadas as primeiras políticas públicas de estruturação do setor.

A partir de 1910, os serviços de saneamento vão sendo paulatinamente assumidos pelo Estado e encampados pelos seus Entes (União, Estados e Municípios), como forma de substituição às concessões privadas que tecnicamente já se apresentavam insuficientes.

Posteriormente, devido ao impulso por maiores investimentos para o desenvolvimento nacional, o governo passou a intervir de forma mais efetiva nas áreas estaduais e municipais, proporcionando maior crescimento no setor sanitário.

Já na década de 50, há uma desvinculação entre os setores de saneamento básico e saúde, ambos passando por consideráveis modificações que proporcionaram maior autonomia e interferência da iniciativa privada.

Portanto, como consequência dos interesses políticos no decorrer da história, percebeu-se que essas duas esferas foram sendo alternadas entre ciclos de centralizações e descentralizações na prestação de seus

serviços, confirmando que tais posturas cederam às situações fático-históricas que marcaram distintos períodos no Brasil.

Em virtude disso, apenas um marco institucional significativo relativo à estruturação do esgotamento sanitário no Brasil foi criado, o PLANASA, com diretrizes e políticas próprias.

Esse Plano traduziu-se na primeira tentativa importante de se implementar um modelo institucional para o setor, mas só se afirmou por promover uma evolução nos serviços de água e esgoto. Ele não se tornou um marco regulatório como era o esperado.

A carência de uma legislação específica só foi suplantada com a edição da Lei 11.445 de 2007, que estabeleceu as diretrizes gerais para a política de saneamento básico, englobando outros conceitos que não só a água e o esgoto, dentro de uma visão mais contemporânea de transformação das cidades.

Para tanto houve a institucionalização do serviço de saneamento como um serviço público de responsabilidade prestacional do Estado, como decorrência de atividade essencial para a sobrevivência digna da sociedade.

Para tanto, a Lei elencou em seu bojo vários princípios que passaram a nortear o Estado para o reconhecimento de direitos ali enumerados à comunidade, bem como para a universalização do saneamento básico no Brasil.

Ademais, ela inovou apresentando noções de planejamento, gestão e integração dos entes federados e na definição de políticas públicas a serem adotadas.

Embora alguns avanços tenham sido conquistados, o setor ainda apresenta muitos desafios a serem superados, dentre eles o da universalização de seu acesso.

Muitos Municípios de pequena monta ainda se encontram desassistidos por esses serviços essenciais, em virtude de não se tornarem atrativos de forma a atrair a atenção da iniciativa privada. Conclui-se, portanto, que o saneamento básico no Brasil ainda não é uma realidade para todos.

A política de saneamento básico deve ser encarada como política pública fundamental para a garantia das condições mínimas de existência digna das pessoas e como meio de preservação do meio ambiente.

Com efeito, representa dever do Estado promover à sociedade o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, previsto na Constituição Federal Brasileira como direito fundamental diretamente relacionado ao direito à vida.

Dessa forma, urgente se faz a estruturação de políticas públicas, por meio de um planejamento integrado, que abarque em uma só gestão o cuidado com a vida, a organização dos territórios, a proteção ao meio ambiente e a uma vivência saudável.

O Estado tem o papel de viabilizar essas políticas, garantido à sociedade os direitos sociais mínimos previstos constitucionalmente, dentre eles o saneamento básico.

Somente com a universalização dos serviços de saneamento, o país poderá caminhar rumo à proteção efetiva do meio ambiente. Antes de se preocupar com a preservação de seu entorno, o indivíduo precisa estar seguro de viver dignamente, sem doenças, com alimentação adequada, moradia e equilíbrio.

Sem isso, as pessoas não percebem que suas ações implicam diretamente na alteração do ambiente, seja em virtude da degradação dos recursos, do manuseio incorreto dos resíduos ou por falta de uma consciência ambiental.

Assim, da mesma forma que elas desejam possuir uma vida equilibrada e saudável, elas desejarão viver em um ambiente equilibrado e saudável.

Por isso o saneamento básico se torna pressuposto indissociável para que se alcance um meio ambiente ecologicamente equilibrado com satisfatória qualidade de vida.

Uma vez que esta temática aborda o direito à saúde e o próprio direito à vida, o meio ambiente ecologicamente equilibrado somente será conquistado quando políticas públicas mínimas forem garantidas à sociedade.

Por essa razão, hoje atenta-se ao enfoque de um saneamento ambiental. Essa nomenclatura engloba uma visão mais ampla para se atingir um planejamento urbano sustentável. Trata-se de um conceito que abarca em seu bojo todas as vertentes: saúde, infraestrutura mínima (saneamento), qualidade de vida, planejamento urbano, gestão qualificada e proteção ao meio ambiente.

Para tanto, a Lei 11.445/07 desponta como um novo marco institucional, capaz de balizar as ações necessárias ao bom planejamento urbano, trazendo perspectivas positivas para o setor do saneamento.

Ela alicerça programas para o desenvolvimento de metas concretas que regulem, fiscalizem e avaliem os progressos alcançados quanto ao saneamento básico, para que se atinja um desenvolvimento sustentável.

Por meio dela há de se exigir uma efetiva regulamentação do setor rumo à universalização do acesso aos serviços e para a melhoria da qualidade de vida e do ambiente da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Luciana Dayoub Ranieri de. **O saneamento básico como elemento essencial do direito ao desenvolvimento e a correlata orientação da Lei nº 11.445 de 2007**. In: OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Coord.). Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.69-91.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília, Senado Federal. 1988. Brasília (DF), 2013. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 02 nov 2018.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.** Brasília (DF), 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm) Acessado em 02 nov 2018.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005. **Lei que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.** Brasília (DF), 2005. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm). Acessado em: 16 out 2018.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. **Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências.** Brasília (DF), 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm). Acessado em 02 nov 2018.

CAMATTA, Adriana Freitas Antunes. **Saneamento básico: desafios na universalização frente aos impasses econômicos e sociais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 241p.

CARVALHO. Benjamin de A. **Ecologia aplicada ao saneamento ambiental.** Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental: Banco Nacional de Habitação: Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, 1980. 368p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CASTRO. José Nilo de. **Planejamento municipal nas ações de saneamento básico** In: PICININ. Juliana; FORTINI, Cristiana (Orgs.). Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.181-186.

CHAD. Eduardo Cezar. **A política pública de saneamento básico e a proteção ao meio ambiente equilibrado.** In: OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Coord.). Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.329-340.

COSTA. Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida.** Belo Horizonte: O Lutador, 2010. 128p.

DANTAS. Camila Pezzino Balaniuc. **A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil.** In: PICININ. Juliana; FORTINI, Cristiana (Orgs.). Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.27-84.

GOMES. Laurentino. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil.** São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. 414p.

GROTTI. Dinorá Adelaide Musetti. **A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico.** In: OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Coord.). Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.15-48.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Saneamento Básico: Pesquisa Nacional de Saneamento Básico.** Disponível em: <http://ces.ibge.gov.br/base-de-dados/metadados/ibge/pesquisa-nacional-de-saneamento-basico>. Acessado em 22 maio 2014.

JR. Arlindo Philippi. BRUNA. Gilda Collet. SILVEIRA. Vicente Fernando. **Planejamento territorial e ambiental: instrumentos de intervenção.** In: JR. Arlindo Philippi (editor). Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arlindo Philippi Jr, 2005. p.623-662.

JR. Arlindo Philippi. MALHEIROS. Tadeu Fabrício. **Saneamento e saúde pública: integrando homem e ambiente.** In: JR. Arlindo Philippi (editor). Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arlindo Philippi Jr, 2005. p.3-31.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 16. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 1126p.

MARQUES, José Roberto. **Meio ambiente urbano.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. 235p.

MMA – Ministério do Meio Ambiente. **Indicadores ambientais nacionais.** Disponível em [http://www.mma.gov.br/estruturas/173/\\_arquivos/indicador\\_cfc.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/173/_arquivos/indicador_cfc.pdf). Acessado em: 02 nov. 2013.

MOTA. Francisco Suetônio Bastos. **Conhecimento para promoção do saneamento, saúde e ambiente.** In: JR. Arlindo Philippi (editor). Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arlindo Philippi Jr, 2005. p.809-832.

MOTTA. Paulo Roberto Ferreira. **A universalização como princípio fundamental do regime jurídico do saneamento básico e do Estatuto das Cidades.** In: PICININ. Juliana; FORTINI, Cristiana (Orgs.). Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.237-246.

MUKAI. Toshio. **Direito urbano e ambiental.** 4ª. ed., ver., amp. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 426p.

OLIVEIRA. José Roberto Pimenta. **O planejamento do serviço público de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007 e no Decreto nº 7.217/2010.** In: OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Coord.). Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.224-261.

OLIVEIRA FILHO. Abelardo de. **Institucionalização e desafios da política nacional de saneamento: um balanço prévio.** Disponível em: <http://www.assemae.org.br/arquivoArtigos/abelardo2.pdf>. Acessado em 30 maio 2014.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Objetivos de desenvolvimento do milênio** Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-desenvolvimento/pos2015/>. Acessado em 02 nov 2018.

PAULI. Dante Ragazzi. **O saneamento no Brasil.** Disponível em [http://www.cetesb.sp.gov.br/userfiles/file/mudancasclimaticas/proclima/file/cursos\\_seminarios/abes/download/material\\_extra/1sabesp\\_saneamento\\_brasil.pdf](http://www.cetesb.sp.gov.br/userfiles/file/mudancasclimaticas/proclima/file/cursos_seminarios/abes/download/material_extra/1sabesp_saneamento_brasil.pdf). Acessado em 22 maio 2014.

POZZO. Augusto Neves Dal. **A gestão do serviço de saneamento básico pelo instrumento da concessão.** In: OLIVEIRA. José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Coord.). Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.263-281.

SILVA. José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 357p.

SIRVINSKAS. Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente**. 2<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 278p.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2006. 154p.

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância. Disponível em:

[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_9612.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_9612.htm). Acesso em 22/05/2014.

# DOAÇÃO COMPARTILHADA DE OÓCITOS SOB OS ASPECTOS DO DIREITO E DA BIOÉTICA

SHARED DONATION OF OOCYTES ON THE ASPECTS OF THE LAW AND BIOETHICS

*Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos<sup>110</sup>  
Débora Soares Couto<sup>111</sup>*

Artigo recebido em: 04/12/2018.

Artigo aprovado em: 17/12/2018.

**Resumo:** O teor desta pesquisa consiste no estudo de uma das técnicas de reprodução humana assistida (RA), qual seja a Doação Compartilhada de Oócitos. As técnicas de RA visam permitir que mulheres com dificuldade para engravidar tenham a gestação. Ressalta-se que o resultado almejado nem sempre será alcançado, podendo ocorrer tentativas infrutíferas. No desenvolvimento dos capítulos, serão abordadas algumas das técnicas existentes, a questão da diminuição da fertilidade feminina devido ao envelhecimento, a relação negocial entre os envolvidos nesta doação e o elo dessa prática médica com a bioética.

**Palavras chaves:** Reprodução Humana Assistida; Doação Compartilhada de Oócitos; Direito; Bioética.

**Abstract:** The content of this research consists in the study of one of the assisted reproduction's techniques, which is Egg Sharing. The techniques aim to allow women with difficulty to conceive in being able to gestate. It is emphasized that the intended result is not always achieved, unsuccessful attempts may occur. Along with the development of chapters, some of the existing techniques be addressed, also the issue of female fertility decline due to aging, the negotiation aspect of the relationship between those involved in this donation and the link between this medical practice and bioethics.

**Keywords:** Assisted Human Reproduction; Egg Sharing; Law; Bioethics.

## 1 INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas consistem em conhecimentos técnicos e científicos que abrem um amplo caminho para a solução de questões até então não respondidas ou o aperfeiçoamento dos mecanismos já empregados, tornando-os mais eficientes. O presente trabalho é direcionado à tecnologia no âmbito da medicina.

---

<sup>110</sup> Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (DHC); Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho; Bacharel em Direito pela PUC Minas; Professora da DHC

<sup>111</sup> Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (DHC); Integrante do Grupo de Iniciação Científica Autonomia Privada no exercício de situações jurídicas que envolvam e bioética e o biodireito, da DHC.

Nesse contexto, uma grande conquista no campo da saúde foi a invenção da fertilização *in vitro*, descoberta por Robert Edwards. Edwards iniciou suas pesquisas na década de 1950, estudando o desenvolvimento de embriões em ratos, período no qual percebeu que seus estudos poderiam influir na busca pela fertilidade.

A partir de então, a conquista empreendida por esse biólogo e pesquisador resultou na primeira criança, Louise Joy Brown, a nascer por meio da técnica de fertilização *in vitro*, na Grã-Bretanha, em 1978, fator que justificou a entrega do prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia a Robert Edwards em 2010. (G1, 2010).

As técnicas de fertilização *in vitro* foram se desenvolvendo ao longo dos anos, sendo possível se falar na Doação Compartilhada de Oócitos. Tal hipótese ocorre sempre que doadora e receptora, já em tratamento devido à problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros necessários para a realização do procedimento de Reprodução Humana Assistida (RA).

A possibilidade não possui regulamentação legal, mas está prevista na Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.168/2017, que estabelece as normas técnicas de reprodução assistida. Além da previsão da Doação Compartilhada, a Resolução estabelece que a doação não pode ter caráter lucrativo ou comercial, bem como que as doadoras não podem conhecer a identidade das receptoras e vice-versa.

Apesar da previsão da Resolução, o que se pretende constatar com essa pesquisa é se, na prática, existe ou inexistente a comercialização na Doação Compartilhada de Oócitos; qual é a relação negocial existente entre a clínica e as mulheres que se submetem a essa reprodução assistida e entre a doadora e a receptora, bem como a aplicação de princípio da beneficência nessa modalidade de reprodução.

É a partir dessas inquietações que o presente artigo se desenvolve. Buscando sempre enfatizar seu caráter transdisciplinar, a pesquisa tem como base dados secundários, extraídos principalmente de livros e artigos científicos sobre o tema.

A metodologia utilizada, de acordo com o objetivo geral, é a pesquisa exploratória apoiada em levantamento bibliográfico, tendo em vista a intenção de se proporcionar maior familiaridade com os problemas apontados, tornando-os mais explícitos. Com relação ao método, utiliza-se o hipotético-dedutivo.

O objetivo geral do artigo é analisar a relação negocial existente na Doação Compartilhada de Oócitos. Para tanto, são utilizadas fontes da medicina, biologia, filosofia e do direito, a fim de construir uma argumentação lógico-jurídica consistente.

O problema do artigo está centrado na relação entre doadora e receptora e entre estas e a clínica. Haveria, na prática, algum tipo de relação negocial entre doadora e receptora? E entre elas a clínica de reprodução assistida?

A justificativa se dá, além de todas as razões acima expostas, pela importância das questões postas em debate, principalmente considerando-se que atualmente a mulheres engravidam mais tardiamente, o que

leva a um aumento na procura por procedimentos de RA, além do aumento dos problemas de fertilidade dos casais.

O texto está dividido em quatro capítulos. Num primeiro momento são apresentadas as principais técnicas de reprodução humana assistida e suas principais indicações. O capítulo seguinte aborda especificamente a Doação Compartilhada de Oócitos, já apresentando algumas reflexões importantes sobre a temática. Posteriormente é analisada a hipótese de haver comercialização na Doação Compartilhada de Oócitos. Por fim, o último capítulo aborda a aplicação do princípio da beneficência à problemática analisada, abordando, ainda, reflexões filosóficas sobre a temática. As considerações finais são trabalhadas no último capítulo.

A hipótese inicial da pesquisa é no sentido de demonstrar a importância de se refletir sobre o tipo de relação negocial existente na Doação Compartilhada de Oócitos e as consequências daí advindas.

## 2 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A tecnologia vem possibilitando soluções para questões em diversas áreas do conhecimento, inclusive quando se fala em manutenção e restauração da saúde. Nesse sentido, problemas presentes na vida de casais podem ser solucionados com ajuda da medicina aliada à tecnologia.

Assim, casais impossibilitados de engravidar devido à infertilidade<sup>112</sup>, esterilidade<sup>113</sup> ou doenças hereditárias dominantes<sup>114</sup>, atualmente, possuem mais chances de terem o desejado bebê com a chamada reprodução humana assistida (RA) que consiste no:

Conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar. Muitas vezes essas dificuldades, até mesmo a infertilidade do casal ou um de seus membros, podem trazer sérios prejuízos ao relacionamento conjugal. (CORRÊA; COSTA, s/d).

Dentre as técnicas de reprodução assistida serão abordadas as mais utilizadas, quais sejam, Relação Sexual Programada (Coito Programado), Inseminação Artificial Intrauterina, Indução da Ovulação, Fertilização *In Vitro* (FIV) por Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide (ICSI), Doação Temporária de Útero e Doação Compartilhada de Oócitos, sendo que esta será objeto de estudo do próximo capítulo:

<sup>112</sup> “Dificuldade de um casal obter gravidez no período de um ano tendo relações sexuais sem uso de nenhuma forma de anticoncepção”. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

<sup>113</sup> Incapacidade de ter filhos.

<sup>114</sup> Doença hereditária é aquela cujo mecanismo de transmissão de ascendentes para descendentes é mediado pela configuração cromossômica de um ou de ambos os progenitores. A característica dominante depende de um determinismo genético cromossômico. Quando, no indivíduo diploide (organização em pares dos cromossomos), o fenótipo (variante das características particulares de um indivíduo) determinado por um alelo (cada uma das diferentes variantes) se manifesta, diz-se que esse alelo é dominante. Nesse caso, o alelo não precisa estar em dupla para se manifestar (LOPES, 2008, p. 247-249).

a. Relação Sexual Programada (Coito Programado)

Na relação sexual programada há o acompanhamento do ciclo ovulatório da mulher, por meio de ultrassom, a fim de identificar quando ocorrerá a ovulação, caso esta não ocorra, induz-se a ovulação com o emprego de medicamentos. A finalidade do coito programado é orientar o casal sobre o dia certo para se ter a relação sexual. (BUTTROS, 2017).

b. Inseminação Artificial Intrauterina

A inseminação artificial intrauterina objetiva facilitar o encontro do óvulo com os espermatozoides. O sêmen é preparado em laboratório, na busca de espermatozoides mais rápidos a serem colocados dentro do útero através de um cateter<sup>115</sup> de plástico, uma vez que é longo o caminho que os espermatozoides percorrem. Estudos demonstram que para um bom resultado da inseminação é importante induzir, com a utilização de medicamentos, a ovulação<sup>116</sup>. Desse modo, por meio de ultrassom, as fases crescimento, amadurecimento e liberação do óvulo, são acompanhadas, a fim de ajustar a fase de ovulação com a inseminação (CAETANO, 2000, p.47-49).

c. Indução da Ovulação

A indução da ovulação é o tratamento base de todas as técnicas de reprodução assistida, pela qual a mulher toma “medicamentos para estimular os ovários a produzir mais de um óvulo por ciclo”. A depender da técnica empregada a indução terá uma maior ou menor quantidade de hormônios a serem utilizados, associados a outros remédios. Anteriormente à decisão e encaminhamento para a utilização de medicamentos faz-se um estudo completo do casal em relação ao organismo, no que tange à reprodução, para detectar se não haveria outro meio para se chegar a gravidez sem a medicação. (CALLUCCI, 2003, p.89).

d. Fertilização *in Vitro* por Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (Bebê de Proveta)

Na fertilização *in vitro* os óvulos e os espermatozoides são coletados. Após a coleta, os espermatozoides serão estabilizados em uma solução Polivinilpirrolidona (PVP)<sup>117</sup> e cada um deles será injetado em um oócito diferente. (FILHO, 1997, p.90). Estas células reprodutoras serão colocadas em uma incubadora, de modo a imitar as condições do útero. (BUSSAB, 2017).

Essa técnica apresenta complexidade devido às etapas que versam sobre o procedimento. Denomina-se injeção intracitoplasmática de espermatozoide, pois por meio do aparelho de microscopia o óvulo receberá o espermatozoide. (VIEIRA, 2016). Encerrada a verificação da situação em que se encontram os embriões, eles serão transferidos para a cavidade uterina ou para as trompas.

e. Doação Temporária de Útero/Útero de Substituição

<sup>115</sup> Tubo plástico de calibre milimétrico e de comprimento variável.

<sup>116</sup> Processo que ocorre quando as alterações hormonais estimulam um ovário a liberar um óvulo, o que viabiliza que este seja encontrado pelo espermatozoide.

<sup>117</sup> Composto químico solúvel em água.

O casal nomeia uma mulher mediante um contrato, cujas cláusulas versam que esta emprestará o útero para a formação do bebê, e entregará a criança ao casal posteriormente ao nascimento. O contrato será homologado pelo juiz com o parecer do Conselho Federal de Medicina. Os óvulos inseminados com o sêmen, ambos do casal, formarão os embriões, pela técnica de fertilização *in vitro*, a serem transferidos para o útero emprestado. (OLIVEIRA, 2013).

Na atuação para a efetivação das técnicas, o Brasil possui Bancos de Células e Tecidos Germinativos espalhados pelo território, cujo funcionamento, tanto para estabelecimento de natureza pública quanto privada, é regulado pela ANVISA, objetivando a segurança e qualidade das células, tecidos germinativos e embriões. (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2011).

Neste contexto, o levantamento realizado pela ANVISA contabilizou, com dados entregues de 146 Bancos de Células e Tecidos Germinativos, o total de 36.307 ciclos de fertilização *in vitro* realizados, ou seja, essa quantidade expressa o número de “procedimentos médicos nos quais a mulher é submetida à produção (estímulo ovariano) e retirada de oócitos para realizar a Reprodução Humana Assistida”; 134.580 embriões produzidos em laboratório dentro de um ciclo de fertilização, sendo que 68.891 desta produção foram transferidos ao útero da paciente por meio de procedimentos médicos apropriados. (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2017, p.6-7).

Com uma breve explanação das técnicas, percebe-se que são muitos os métodos para contornar os problemas dos casais que optam por engravidar. Esses casais com dificuldade de ter filhos procuram, cada vez mais, pelas técnicas de reprodução assistida, por isso tornam-se relevantes as discussões relacionadas ao tema.

### **3 DA DOAÇÃO COMPARTILHADA DE OÓCITOS**

A Doação Compartilhada de Oócitos não possui previsão legal, entretanto o Conselho Federal de Medicina, em sua colocação mais recente sobre o tema, estabeleceu a Resolução n. 2.168/17 (que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de RA) cujos artigos abrangem o caráter da doação, a idade limite para a sua realização, entre outros aspectos concernentes a essa técnica de reprodução assistida.

A própria Resolução expressa que a Doação Compartilhada de Oócitos consiste na situação em que doadora e receptora possuem problemas de reprodução e decidem compartilhar o material biológico e os custos financeiros correspondentes a essa técnica de reprodução assistida. Assim, uma das exigências que se faz presente é a das doadoras e receptoras estarem em tratamento nas clínicas, em momento anterior à doação. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, VI, 9).

O requisito da exigência de que as mulheres estejam em tratamento levanta o primeiro questionamento: estaria a doadora apta a consentir livremente em relação à utilização de seus óvulos por

outra mulher? A reflexão se faz necessária tendo em vista que a doadora depende da equipe médica responsável pelas técnicas, pelas quais procurou a clínica, para ter seu problema solucionado. (CORRÊA, 2000). Ademais, o fator “preço” também pode ser um agravante, visto que a receptora, ao concordar com a doação, divide os custos do tratamento com a doadora.

Profissionais da saúde ao submeterem seus pacientes a determinadas práticas devem colher suas assinaturas por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, que consiste em explicação sobre os procedimentos, riscos, benefícios, desconfortos e direitos envolvidos na realização do método a ser empregado, objetivando uma decisão autônoma daquela pessoa que assinará o documento.

Essa decisão se dá pela escolha em prosseguir com o procedimento com base nas informações, constantes no documento escrito, referentes a todos os aspectos relacionados à realização do método buscado, de modo a evitar uma deliberação induzida por não haverem sido prestados os esclarecimentos devidos.

Dessa forma, de acordo com o que foi apresentado sobre o termo de consentimento, a mulher submetida ao tratamento na clínica tem a plena possibilidade de consentir livremente. A dependência pela equipe médica não retiraria o caráter de uma decisão tida como autônoma. Assim, a mulher optando pelo procedimento, mesmo se fator decisivo estiver associado à dependência médica, possui uma decisão consciente, visto que ela passou a conhecer todos os elementos para definir seu posicionamento.

Com relação à questão da divisão dos custos do tratamento, não nenhuma objeção, uma vez que há previsão na Resolução de tal hipótese, fato que será melhor trabalhado no capítulo seguinte.

Diante do exposto, salienta-se que a estimulação ovariana sem sucesso muitas vezes é associada à idade em que a mulher começa a ter relações sexuais a fim de engravidar. Essas mulheres ganharam espaço no mercado de trabalho, motivo pelo qual alteraram seus comportamentos. O estudo e estabilidade financeira são tidos como principais caminhos a serem percorridos por elas, o que resulta na realização da gestação em período posterior à realização daqueles objetivos. (CAVALCANTE, 2005).

A idade elevada configura uma preocupação obstétrica tendo em vista os resultados maternos e perinatais<sup>118</sup>. Observa-se um declínio na fertilidade feminina a partir dos 35 anos em consequência do envelhecimento dos óvulos e dos ovários, uma vez que a mulher já nasce com todos os óvulos. Ademais, “quanto mais avançada a idade feminina, maior a exposição a fatores que podem comprometer a fertilidade, como Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs), inflamação nas trompas, aparecimento de miomas ou endometriose”. (COMUNICAÇÃO RCC, 2011).

Nesse sentido, Renato de Oliveira, ginecologista responsável pela área de reprodução humana da Criogênese esclarece que:

---

<sup>118</sup> Referem-se ao período um pouco anterior ou posterior aos nascimentos.

Ao nascer, a menina já perde 70% dos óocitos, que são os gametas femininos, resultando em, aproximadamente, dois milhões de gametas. Na menarca, ou seja, primeira menstruação, a mulher possui de 300 a 500 mil de óocitos. Aos 30 anos, estima-se que apenas 500 óocitos serão selecionados para serem ovulados. E, depois dos 35 anos, há uma queda importante tanto da quantidade quanto na qualidade dos óocitos maternos, que por possuírem a idade da mãe, ficam mais suscetíveis a alterações genéticas e erros na divisão celular quando fecundados. Assim, principalmente após os 38 anos, aumenta a probabilidade tanto de aborto quanto de nascimento de uma criança com alguma síndrome genética. (CRIO GÊNESIS, 2016).

Por conseguinte, as chances de uma mulher engravidar por meio da doação compartilhada de óocitos, aumentam, considerando que a receptora poderá adquirir óocitos de uma doadora detentora de células germinativas mais “jovens”, uma vez que a idade limite estabelecida pela Resolução para que a mulher seja doadora é de 35 anos (já para que seja receptora, é de 50 anos, ressalvados casos especiais que devem ser analisados individualmente).

#### **4 DA HIPÓTESE DE HAVER COMERCIALIZAÇÃO NA TÉCNICA DA DOAÇÃO COMPARTILHADA DE OÓCITOS**

Na Doação Compartilhada de Óocitos é possível identificar duas relações entre os envolvidos. A primeira compreende cada uma das mulheres, em separado, e as clínicas, centros ou serviços aplicadores das técnicas de reprodução assistida; sendo a segunda relacionada às mulheres que recorrem a esses locais e optam pelo compartilhamento de óocitos (lembrando que, como já mencionado, doadora e receptora não podem conhecer a identidade uma da outra).

Analisando-se os custos que envolvem a doação, surge o questionamento se o procedimento em questão ensejaria em um contrato de compra e venda, caracterizando a comercialização.

Configura-se um contrato quando houver a presença, conjunta, dos elementos subjetivo e objetivo que se caracterizam, respectivamente, pelo acordo de vontade e pela relação ou pelo poder jurídico, “de natureza patrimonial, constituído, regulado ou extinto pelo mesmo consentimento”. (BESSONE, 1997, p.41).

O Código Civil nos contratos em espécie expõe o seguinte: “pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.” (CÉSPEDES, 2017, p. 190).

Compreendem-se como elementos da compra e venda, a coisa, o preço e o consentimento. Segundo Carlos Gonçalves, deve-se levar em consideração quanto aos elementos essenciais a “natureza específica, a par dos elementos constitutivos em geral, comum a todos eles, como requisitos de existência e validade”. (GONÇALVES, 2007, p. 195-196)

Em complementação aos requisitos acima abordados, os elementos constitutivos do negócio jurídico tornam-se possíveis por meio de dois planos - eficácia e validade (GONÇALVES, 2013, p. 348, 358, 360-362):

a. A eficácia reflete a norma jurídica se presentes os elementos estruturais;

b. A validade relaciona-se aos requisitos do negócio jurídico que são:

b.1. Agente capaz: a pessoa pode exercer, por si só, os atos da vida civil, assim o indivíduo está sujeito a direitos e obrigações na ordem civil;

b.2. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável: será lícito o objeto que não for contra a lei, a moral ou os bons costumes; será impossível o objeto quando o ordenamento jurídico, de forma expressa, proibir negócios envolvendo certos bens; será determinado quando especificado e determinável ao não possuir a especificação que será atribuída posteriormente;

b.3. Forma: corresponde ao meio pela qual a vontade é revelada.

Tendo em vista os elementos para a configuração do contrato de compra e venda, estaria ausente o elemento preço, pois “inexiste a equivalência entre as prestações, até mesmo porque não há como se avaliar pecuniariamente o ato da doadora.” (NAVES; SÁ, 2015b).

Retornando à colocação sobre a existência de relações negociais entre as pessoas envolvidas e o disposto sobre o preço, na relação entre a mulher e a clínica de reprodução humana, haveria um contrato de compra e venda, visto que o local objetiva custear o procedimento, em contrapartida, na relação entre as mulheres, não haveria o contrato pela ausência do preço, portanto, não há que se falar em comercialização.

Ademais, a Lei 9.434 (BRASIL, 1997) que veda a comercialização de tecidos, órgãos e partes do corpo humano não compreende, para efeitos de sua aplicação, a gratuidade ou não acerca do óvulo, então haveria a possibilidade do comércio de óvulos e gametas.

Por outro lado, a Resolução acerca da doação, veda o caráter lucrativo ou comercial do procedimento, o que não implica, em tese, em um problema quanto a comercialização, posto que a Resolução é um ato legislativo que produz efeitos internos, não estando sujeita à promulgação ou ao controle preventivo da constitucionalidade, salvo as provenientes de acordos internacionais.

Apesar de a Resolução ser apenas uma orientação, por não possuir força de lei, o Cadastro Nacional de Doadoras de Óvulos afirma cumprir as normas impostas pela Resolução CFM n. 2.168/2017 e apresenta no “corpo” de seu *site* a vedação ao caráter lucrativo ou comercial, sendo que tal entendimento prevalece no Brasil.

Entretanto, quando a Resolução permite a divisão dos custos do tratamento, pode-se levantar a hipótese de haver aí um contrato de compra e venda de óocitos. Apesar de, em um primeiro momento

parecer haver tal relação negocial, isso não se configura na teoria<sup>119</sup>. O primeiro óbice é a questão do anonimato da doadora e da receptora, o que impediria que o contrato fosse tecnicamente possível. O segundo óbice é a própria ausência de precificação do “produto” (ócitos), por ser explicitamente vedada tal prática. Por fim, ressalta-se que a divisão de custos seria, na verdade, uma divisão das benesses do tratamento, que possui um valor elevado e traz muito desconforto físico para as pacientes, por ser um tratamento invasivo e que exige uma dosagem hormonal elevada.

Apresentadas as principais reflexões sobre a temática, resta analisar a aplicação do princípio da beneficência nas situações de Doação Compartilhada de Ócitos.

## 5 DO PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA NA DOAÇÃO COMPARTILHADA DE OÓCITOS

O termo bioética ganha notoriedade no âmbito da medicina e das ciências biológicas com os seguintes acontecimentos que impulsionaram o estudo da ética interligada à vida (FABRIZ, 2003, p.82-84):

a. condenação de médicos alemães, pelo Tribunal de Nuremberg, por perpetrarem horripilantes experimentais em seres humanos na época nazifascista;

b. a publicação de critérios de seleção dos candidatos para submeterem ao procedimento da hemodiálise renal, pela revista Life Magazine, em 1962;

c. o pedido dos pais da jovem, Karen Ann Quinley, para desligamento do equipamento respiratório, uma vez que receberem a notícia de que o estado de coma de sua filha, devido ao uso de álcool e barbitúricos<sup>120</sup>, era irreversível. Então, a Suprema Corte do Estado de Nova Jersey julgou procedente o pedido, reconhecendo o direito à morte digna. Mas para se chegar a esta conclusão foi necessária a verificação do prognóstico pelo Comitê de Ética, o que até então não havia no hospital onde a paciente estava. Essa situação foi precedente para instituição de Comitês de Ética em vários hospitais norte-americanos;

d. a criação do projeto Genoma Humano para esclarecer, mapear e sequenciar a estrutura do DNA humano.

Diante desses eventos, “a bioética representa um estudo acerca da conduta humana no campo da vida e da saúde humana e do perigo da interferência nesse campo pelos avanços das pesquisas biomédicas e tecnocientíficas”. (FABRIZ, 2003, p.75).

---

<sup>119</sup> O trabalho não teve como propósito analisar a existência de possíveis situações reais de compra e venda de ócitos. Apesar disso, há relatos de mulheres brasileiras que procuram *sites* internacionais como forma de burlar esse impedimento e terem suas necessidades atendidas em países exteriores. (COSTAS, 2012).

<sup>120</sup> Os barbitúricos são a combinação de uréia e ácido malônico. A depender de sua fórmula e dosagem, podem apresentar um efeito sedativo, hipnótico, anticonvulsivo ou anestésico.

Dessa maneira, a análise do princípio da beneficência insere-se no estudo da Bioética sob os pontos de vista científico, biológico e médico, relacionando-se essa disciplina com a verificação da “licitude da intervenção do homem sobre o homem”. (SGRECCIA, 2009, p.51).

A UNESCO, em 1997, com a adoção da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da Teoria à Prática, evidencia a preocupação no tocante à beneficência: “Pesquisa, tratamento ou diagnóstico que afeta o genoma do indivíduo deve ser realizado somente após avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios potenciais a este respeito e de acordo com qualquer outra exigência de legislação nacional” (UNESCO, 2001, article 5, “a”, tradução livre).<sup>121</sup>”

Assim sendo, o princípio da beneficência “impõe ao profissional da saúde ou ao biólogo o dever de dirigir esforços no sentido de beneficiar o ser”. Outrossim, a beneficência deve reger a conduta médica, estando esta sujeita ao consentimento do paciente. (NAVES; SÁ, 2015a, p. 35-36).

Para esclarecer o princípio da beneficência aplicada à Doação Compartilhada de Oócitos faz-se necessária a explanação das duas linhas éticas quais sejam, a ética teleológica e a ética deontológica. Apesar de distintos os conceitos, ambas se integram, somando as questões valorativas e normativas.

Aristóteles, filósofo grego, foi um dos pensadores cuja filosofia adentra na esfera teleológica. O caráter teleológico é aquele em que o conceito central/primordial é a noção de Bem. Destarte, essa ética se divide em duas vertentes: consequencialistas, as quais consideram o valor moral de uma ação a depender das consequências geradas e; eudaimônicas, consistem em “uma vida que vale a pena, uma vida lograda, ou, como dirão os autores contemporâneos, ‘boa vida’ ou ‘florescimento’.” (PEREIRA, 2017, p.37).

Em contrapartida, Immanuel Kant, filósofo prussiano, foi um dos representantes na esfera deontológica. O caráter deontológico corresponde ao estudo do dever. Por conseguinte, todos os acontecimentos devem ser julgados devido ao homem assumir o estado de sujeito da razão.

Não serão, então, os desejos e inclinações dados naturalmente, não serão os interesses contingentes e históricos que determinarão o que é humano [...] no mundo há muitas coisas boas, ações e relações, que são boas para algo, mas só a boa vontade é boa vontade o bem incondicionado. Este bem não é o resultado de qualquer ação, não é uma vontade de bom coração ou disposta a ajudar, mas a vontade que o homem produziu ao constituir-se como senhor de si, como legislador de si mesmo. Boa vontade é unicamente aquela que se determina pela sua própria lei, a lei da razão. (F., 2001, p. 20).

Consequentemente, a Doação Compartilhada de Oócitos, no sentido teleológico insere-se por meio da felicidade das mulheres que passarão pelo procedimento, em poder contribuir uma com a outra, apesar de não conhecerem a identidade daquela com quem compartilham o material biológico e os custos financeiros. No sentido deontológico, adentra ao assunto do consentimento livre e esclarecido, já elucidado em capítulo

<sup>121</sup> “Research, treatment or diagnosis affecting an individual’s genome shall be undertaken only after rigorous and prior assessment of the potential risks and benefits pertaining thereto and in accordance with any other requirement of national law” (UNESCO, 2001, article 5, “a”).

anterior, à conformidade do procedimento com a lei, bem como do compartilhamento das benesses do tratamento.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As técnicas de reprodução humana assistida datam longo período, desde seu início, com o nascimento do primeiro bebê por intermédio da fertilização *in vitro*. Muito se descobriu desde então. Hoje, as mulheres contam com uma variedade de artifícios médicos promovedores da gestação.

A Doação Compartilhada de Oócitos originou-se pela observação e levantamento de inúmeras mulheres, na condição de doadoras de óvulos ou na conjuntura de insuficiência de condição para custear o tratamento, ocasião em que houve a união de duas vontades convergentes ao mesmo resultado, o de engravidar.

Posteriormente a sua criação, a Resolução do Conselho Federal de Medicina objetivou ser um caminho alternativo para a inércia do legislador em relação à Doação Compartilhada de Oócitos, tendo em vista a necessidade de estabelecer critérios acerca do tema.

Uma das disposições estabelecidas foi a vedação da comercialização. Nesse sentido, o que se buscou reforçar foi o aspecto do compartilhamento das benesses do tratamento entre as mulheres, e não uma relação negocial de compra e venda de ócitos. Na doação compartilhada a doadora compartilha seu material genético e a receptora, por outro lado, compartilha os custos do tratamento da doadora.

A única relação negocial existente, assim, seria entre a mulher (doadora e receptora) e a própria clínica de reprodução. Assim, todas as obrigações daí decorrentes nascem dessa relação. É importante ressaltar, ainda, que a clínica também atua como intermediária entre doadora e receptora que, como bem demonstrado, não podem conhecer da identidade uma das outras.

Por tais motivos, tendo em conta a necessidade de proteção às pacientes, a bioética surge com a finalidade de nortear atuações médicas, por meio de seus princípios, sobretudo os da beneficência e da autonomia, de forma a possibilitar o melhor tratamento às clientes nas peculiaridades de cada situação.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **RDC Nº 23, de 27 maio de 2011**. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Disponível em: <file:///C:/Users/Convidado/Downloads/resolu%20rdc%20n%2023%202011%20-%20banco%20de%20clulas%20e%20tecidos%20germinativos%20bctg%20republicada.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **11º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio.** 2017. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/330551/11º+Relatório+Sisembrio.pdf/e82275b0-e69a-486d-8aab-fc6ab7bfff3>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato: Teoria Geral.** São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **Lei nº9.434, 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 9 abr. 2018.

BUTTROS, Davi. **Coito Programado.** 31 jan. 2017. (2m29s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fzjJRv3ulvE>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BUSSAB, Augusto. **FIV x Inseminação Artificial.** 21 dez de 2017. (7m28s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=adJE5HRfXZE>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

CADASTRO NACIONAL DE DOADORAS DE ÓVULOS. **Leis brasileiras de ovodoação: o que a lei diz.** Disponível em: <<https://cndo.com.br/leis-brasileiras-de-ovodoacao>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CAETANO, João Pedro Junqueira; MARINHO, Ricardo; MORAES, Leonardo Meyer de. **Infertilidade e Concepção Assistida: Um Guia para o Casal.** Rio de Janeiro: MEDSI, 2000.

CALLUCCI, Cláudia. **Por que a gravidez não vem: Respostas objetivas e didáticas às principais dúvidas sobre fertilidade.** São Paulo: Editora Atheneu, 2003.

CAVALCANTE, E. et al. **Resultados das técnicas de reprodução assistida em mulheres doadoras de oócitos no ciclo de tratamento.** Rev Bras Ginecol Obstet. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/0D/rbgo/v27n11/28707.pdf>> . Acesso em: 25 jun. 2018.

CÉSPEDES, Livia (Coord.). **Vade mecum acadêmico de direito Saraiva.** 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMUNICAÇÃO RCC. **Por que as mulheres têm mais dificuldade em engravidar depois dos 40?** 1 jul. 2011. Radiologia Clínica de Campinas. Disponível em: <<http://www.radiologiaclinicadecampinas.com.br/blog/?p=225>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.168, de 10 de novembro de 2017.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela; COSTA, Cristiano. **Reprodução Assistida.** Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/index.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

CORRÊA, Marilena V. **Novas tecnologias reprodutivas: doação de óvulos. O que pode ser novo nesse campo?** Cadernos de saúde pública. Jul.-set. de 2000. Disponível em:

<[https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2000000300036&script=sci\\_abstract&tlng=es](https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2000000300036&script=sci_abstract&tlng=es)>. Acesso em: 23 jun. 2018.

COSTAS, Ruth. **Brasileiras vendem óvulos e barrigas de aluguel a estrangeiros na internet**. BBC Brasil. 2012. Disponível em:

<[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120824\\_turismo\\_reproducao\\_mundo\\_ru.shtml](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120824_turismo_reproducao_mundo_ru.shtml)>. Acesso em: 29 jun. 2018.

CRIO GÊNESIS. **Gravidez tardia é possível, mas requer cuidados**. 2016. Disponível em: <<https://criogenesis.com.br/2016/12/23/gravidez-tardia-e-possivel-mas-requer-cuidados/>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

F.; Javier Herrero. **A Ética de Kant**. Síntese. Revista de Filosofia. 2001. v. 28. n. 90. Disponível em: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/563/987>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais: A Bioconstituição como Paradigma do Biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FILHO, Alberto Soares Pereira. (Coord.). **Infertilidade Conjugal: Manual de Orientação**. São Paulo: FEBRASGO, 1997.

G1. **Nobel de Medicina vai para criador de método de fertilização in vitro**: Robert Edwards concebeu técnica em 1978, depois de 20 anos de pesquisa. Até hoje, 4 milhões de pessoas já nasceram após a pesquisa do britânico. 4 out. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2010/10/nobel-de-medicina-vai-para-criador-de-metodo-de-fertilizacao-vitro.html>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 4. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 11. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LOPES, Sônia. **Bio**. 2. ed. v. único. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Infertilidade feminina**. Biblioteca Virtual em Saúde. 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://bvsmis.saude.gov.br/dicas-em-saude/151-infertilidade-feminina>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire. **Manual de Biodireito**. 3. ed. Revista atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2015a.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil**. Revista Bioética y Derecho, Barcelona, n. 34, 2015b. Disponível em: <[http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872015000200007](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000200007)>. Acesso em: 8 abr. 2018.

OLIVEIRA, Flávio Garcia de. **Barriga de Aluguel**. 11 abr. 2013. (2m31s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YrlkwosDiiM>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PEREIRA, Rafael Rodrigues. **Dois Tipos de Ética Teleológica**. Cadernos de Ética e Filosofia Política. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/cefp/article/download/138745/134079>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: Fundamentos e Ética Biomédica**. v. 1. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

UNESCO. **The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights: from theory to practice**. 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990eo.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

VIEIRA, Oilton Liberati. **Dr. Oilton Liberati Vieira fala sobre Fertilização In Vitro, ICSI e Inseminação Artificial**. 19 mai. 2016. (6m37s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xMYJwORMGIs&t=2s>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

## INSTRUÇÕES PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS NA REVISTA

A "Dom Helder Revista de Direito" é uma publicação quadrimestral, integralmente eletrônica e de acesso gratuito, que publica artigos originais de pesquisadores graduandos e/ou detentores das titulações subsequentes no Direito e áreas afins, desde que relacionados à linha editorial “Justiça, Estado e Cidadania nas Sociedades Contemporâneas”. Traduções somente serão aceitas caso o texto seja inédito no Brasil e o tradutor figure como coautor do texto. A "Dom Helder Revista de Direito" não cobra taxas de submissão de artigo ou taxas de processamento de artigo.

Os textos devem ser submetidos gratuitamente na página eletrônica da Revista após o cadastro como “AUTOR”

(<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/dhrevistadedireito/user/register>) seguindo-se os passos de submissão. Em caso de dificuldades, enviar e-mail para: [editorasecretaria@editoradomhelder.com.br](mailto:editorasecretaria@editoradomhelder.com.br)

Informações sobre formatação, apresentação gráfica e exigências para os artigos, processo de avaliação, preenchimento dos metadados da submissão, entre outros, estão disponíveis no site

<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/dhrevistadedireito/about/submissions#authorGuidelines>