

# conceito jurídico

ano III | janeiro de 2019 | nº 25



João Badari

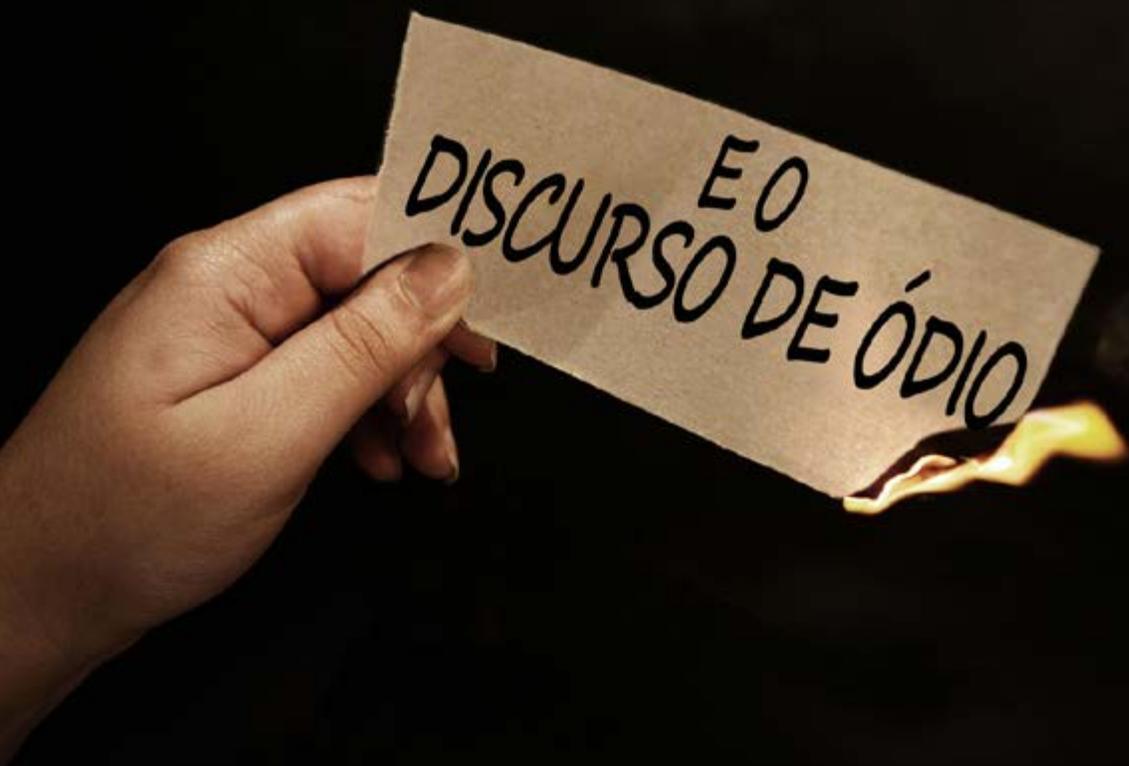
Medida Provisória nº 871, de 2019:  
Combate a irregularidades em  
benefícios previdenciários

Pág. 8



zakarewicz  
editora

## Liberdade de Expressão



### DIREITO E BIOÉTICA

Tiago Vieira Bomtempo

Corporeidade e identidade  
na contemporaneidade



### TENDÊNCIAS

Eudes Quintino de  
Oliveira Júnior

Nova dimensão da Lei  
de Dados Genéticos



### PORTAL JURÍDICO

Jessé Torres Pereira Júnior

Reformas constitucionais e legais  
elevam a eficiência da gestão  
pública e o seu compromisso com  
o desenvolvimento?

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguiê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Arte e Diagramação:** Augusto Gomes

**Revisão:** Equipe ZK

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**Comercial:** André Luiz Marques Viana

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3225-6419

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

**Revista Conceito Jurídico** é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

publicidade@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

**Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.**

## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR  
EM SINTONIA COM AS  
TENDÊNCIAS DO  
MUNDO JURÍDICO



zakarewicz  
editora



*Almir Pazzianotto Pinto*

---

## Servidão e Grandeza dos Militares

**T**omo de empréstimo o título do livro de Alfred De Vigny, *Servidão e Grandeza dos Militares*, para escrever breves linhas sobre as Forças Armadas do Brasil. Delas tratou a Carta Imperial de 1824, com o nome de Força Militar. Determinava o artigo 146 que “Enquanto a Assembleia Geral não designar a Força Militar permanente de Mar, e Terra, substituirá, a que então houver, até que pela mesma Assembleia seja alterada para mais, ou para menos”. O dispositivo seguinte ordenava: “A Força Militar é essencialmente obediente; jamais se poderá reunir, sem que lhe seja ordenado pela autoridade legítima”. A primeira das oito constituições que desde então tivemos lançava os princípios de hierarquia e disciplina aos quais se submetem os integrantes das carreiras militares, sob pena de se converterem em milícias a serviço do governante da ocasião.

Na Constituição de 1988, os referidos princípios estão presentes no artigo 142, e se aplicam às polícias militares e aos corpos de bombeiros militares dos Estados,

enquadrados como reservas das Forças Armadas. Vale a pena transcrevê-lo: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

O exercício do poder está indissolúvelmente vinculado à capacidade de fazê-lo respeitar. “A política é, em certo sentido, sempre política de poder”, escreveu o historiador britânico Edward Hallet Carr. A História do Brasil é pontilhada de episódios em que solução de crise política foi transferida e assumida pelos quartéis. O caso mais recente é o do movimento, golpe ou contragolpe de 1964, conforme a denominação que lhe emprestam diferentes correntes ideológicas. Com o enfraquecimento de João Goulart, por apoiar abertamente a quebra dos princípios de hierarquia e disciplina entre soldados, cabos e sargentos, a disputa acabaria sendo resolvida pela força, como de fato o foi em 31/03/1964. Inferiorizado no terreno militar, restou ao presidente abandonar o País e pedir asilo ao Uruguai. A história da ascensão e queda de Jango é relatada no excelente livro de Hélio Silva “1964 Golpe ou Contragolpe?” (Ed. Civilização Brasileira, RJ, 1975), onde estão transcritos valiosos documentos como o relato feito pelo general de brigada Euriale de Jesus Zerbini, comandante da Infantaria Divisionária da II Divisão de Infantaria do II Exército, e a Ordem do Dia do general de divisão Ladário Teles, no comando do III Exército. Ambos tentaram a defesa do governo. Foram obrigados a recuar, sem abrir fogo, diante da desproporção de forças.

Com a redemocratização em 1985, as Forças Armadas perderam espaço no cenário político. De protagonistas foram reduzidas ao papel de coadjuvantes. Fundamental, porém, foi a liderança do general Leônidas Pires Gonçalves, ministro do Exército no governo do presidente José Sarney. Sem desmerecer a participação dos ministros Otávio Júlio Moreira Lima, da Aeronáutica, e Henrique Sabóia, da Marinha, coube ao general Leônidas assegurar a posse do presidente Sarney no dia 15/03/1985, vencendo a oposição de remanescentes do regime militar e de integrantes da cúpula do PMDB, que defendiam a investidura do Dr. Ulysses Guimarães, presidente da Câmara dos Deputados.

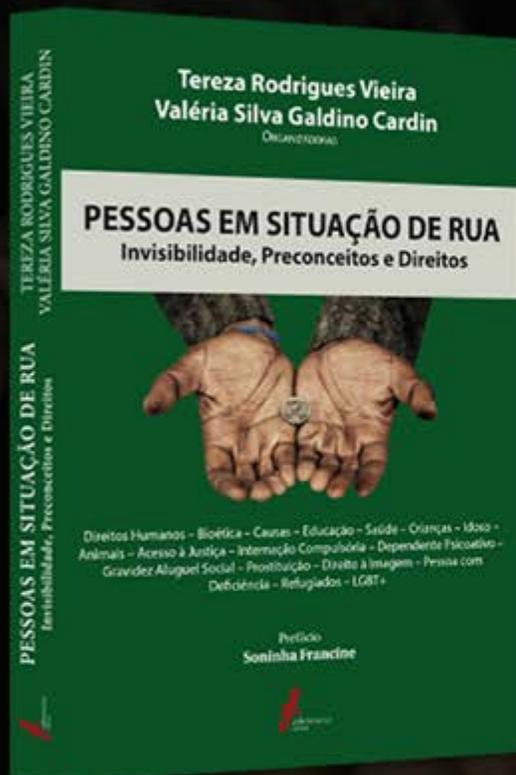
Este artigo não pretende, nem está ao alcance do autor, reescrever a história. Procura, simplesmente, ressaltar a importância das Forças Armadas e render homenagem ao general de exército Eduardo Dias da Costa Villas Boas, cuja abnegação no exercício das funções servirá de exemplo às futuras gerações de militares. A disposição para servir às exigências da carreira militar, aliada ao desprendimento e generosidade com que se entregou, no comando superior do Exército, à preservação do Estado Democrático de Direito, o fazem credor da admiração, do respeito, das homenagens de todos os brasileiros. Em momentos decisivos, com palavras serenas e equilibradas, soube pedir a atenção para as consequências de decisões capazes de romper a linha de equilíbrio que deve prevalecer nas disputas eleitorais.

A eleição de Jair Bolsonaro para a presidência da República inicia novo ciclo político na vida nacional. Espero que faça jus à confiança nele depositada pelo povo, ao lhe confiar a defesa do governo civil, laico e democrático. 

LANÇAMENTO

# PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

## Invisibilidade, Preconceitos e Direitos



R\$ **60**,00  
Frete grátis

Peça agora mesmo seu boleto!

"A publicação, feita de muitos olhares, escutas e leituras atentas, tem muito a acrescentar para quem é sensível à questão – e, quem sabe, é capaz de sensibilizar, inspirar e motivar os que ainda preferem fingir que não viram o morador de rua à sua frente."

Soninha Francine  
é uma das fundadoras da ONG CASA Bodisatva



(61) 3263-1362

comercial@zkeditora.com.br

 **zkarewicz**  
editora

3

COM A  
PALAVRA

**Servidão e grandeza dos militares**

Almir Pazzianotto Pinto

12

PAINEL  
ECONÔMICO

**De Temer a Bolsonaro**

Armando Castelar Pinheiro

14

DIREITO E  
BIOÉTICA

**Corporeidade e identidade na contemporaneidade**

Tiago Vieira Bomtempo

20

PAINEL DO  
LEITOR

**STF e a suspensão da investigação contra Carlos Queiroz: dois pesos e duas medidas?**

Marcelo Aith

22

DESTAQUE

**A modernidade, tecnologia e a segurança na prestação de contas eleitoral**

Vladimir Belmino de Almeida

24

CAPA

**O discurso de ódio como retrocesso à consolidação da liberdade de expressão no estado democrático de direito do Brasil**

Jarbas Ricardo Almeida Cunha

29

CAPA

**Internet, religião e educação: Entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão**

Márcia Hora Acioli

33

CAPA

**Liberdade de expressão e o discurso de ódio**

Márcia do Rosário Nunes

38

ENFOQUE

**Brumadinho: vidas tarifadas, indenizações e ausência de temor reverencial das empresas pelo Judiciário**

Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

40

DIREITO  
COMPARADO

**As reformas processuais penais na América Latina – A visão de Alberto Binder**

Rômulo de Andrade Moreira

46

GESTÃO  
EMPRESARIAL

**Compliance e a constante evolução em saúde**

Ricardo Ramires Filho e  
Cláudio Carneiro

48

TENDÊNCIAS

**Nova dimensão da Lei de Dados Genéticos**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

50

CONTEXTO

**Isonomia, computação gráfica na propaganda eleitoral gratuita e reconvenção**

Allan Titonelli Nunes e  
Márcio Vieira Santos

58

CONJUNTURA

**A venda da Embraer e a ameaça à soberania nacional**

Renata Belzunces

61

IN VOGA

**Da Inconstitucionalidade do Decreto nº 9.685/2019 (Armas de Fogo)**

Carlos Eduardo Rios do Amaral

64

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

**ADPF 442 STF: Quando o ativismo judicial chega ao cume da perversão militante**

Eduardo Luiz Santos Cabette

83

VISÃO  
JURÍDICA

**As respostas que o Direito Penal não é capaz de dar**

Ana Cristina Gomes

87

PORTAL  
JURÍDICO

**Reformas constitucionais e legais elevam a eficiência da gestão pública e o seu compromisso com o desenvolvimento?**

Jessé Torres Pereira Júnior

113

DOCTRINA

**Associação Paulista dos Magistrados – Natureza jurídica da entidade sem fins lucrativos, assegurada a sua imunidade tributária por força dos arts. 150 inciso VI “c” e 146 inciso II da Constituição Federal e artigo 14 do CTN – Súmula 724 do STF e Súmula Vinculante 52 do STF – Impossibilidade de exigência do ISS pela municipalidade de São Paulo – Opinião legal.**

Ives Gandra da Silva Martins e  
Marilene Talarico Martins Rodrigues

135

PONTO  
DE VISTA

**Unir carreiras da advocacia pública reduz gastos**

Marcelino Rodrigues



POR JOÃO BADARI

ARQUIVO PESSOAL

## Medida Provisória nº 871, de 2019: Combate a irregularidades em benefícios previdenciários

No último dia 18 de janeiro, o presidente Jair Bolsonaro assinou, em edição extraordinária, a Medida Provisória 871, buscando combater fraudes e irregularidades nos pagamentos mensais realizados pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e também endurecer a concessão de novos benefícios, com novas regras que irão dificultar a obtenção de novas aposentadorias e pensões. Em entrevista, o especialista em Direito Previdenciário e sócio do escritório Aith, Badari e Luchin Advogados, João Badari, listou as principais mudanças que trarão reflexos aos trabalhadores e aposentados. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *A Medida Provisória nº 871 já está valendo?*

**JOÃO BADARI** – O Congresso tem o prazo de 120 dias para transformar a medida em lei, porém ela já ganha efeitos e força desde já.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como será o pente-fino dos benefícios por incapacidade?*

**JOÃO BADARI** – Os aposentados por invalidez e beneficiários de auxílio-doença que não passaram por perícia há mais de 6 meses serão convocados para uma nova avaliação. O aposentado com mais de 60 anos não precisa realizar nova perícia, porém antes era assegurado aos que possuem mais de 55 anos e 15 de trabalho tal direito, que a MP retirou.

Isso não quer dizer que seu benefício será cancelado, e sim que você deverá realizar uma nova perícia para constatar se ainda se encontra incapaz para o trabalho. Importante levar laudos médicos recentes, atestados, receitas de remédios, prontuários solicitados em seu hospital e exames que atestam a incapacidade. É por meio dos documentos apresentados e avaliação na data agendada que o perito do INSS poderá lhe conceder a renovação do pagamento mensal.

No caso BPC, o prazo será de 2 anos sem perícia realizada, apenas no benefício por deficiência e não aquele concedido aos segurados com mais de 65 anos.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E com relação a qualidade de segurado?*

**JOÃO BADARI** – Após transcorrido o prazo a que o cidadão tinha direito para manter a condição de segurado do INSS, mesmo sem efetuar recolhimentos, haverá a chamada “perda da qualidade de segurado”, onde este não estará mais coberto pelo Seguro Social, ou seja, sem a possibilidade de obter benefícios.

Para obter novamente o direito a ter benefícios ele deverá voltar a contribuir com o INSS, onde será necessário que o segurado cumpra integralmente todo o período de carência para a concessão de benefício por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez), salário-maternidade e também o auxílio-reclusão. No caso do auxílio reclusão, a carência (número mínimo de contribuições para obter o benefício) será de 24 meses. Caso o segurado não tenha contribuído por mais de 24 meses ao INSS, a família não terá direito ao benefício.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Para se ter o benefício ao salário-maternidade, como deverá ser requerido?*

**JOÃO BADARI** – Para ter direito ao benefício, este deve ser requerido ao INSS no prazo de 180 dias após o parto ou a adoção. Após tal período, o direito estará precluso. Antes o prazo era de 5 anos.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como será devido o auxílio-reclusão?*

**JOÃO BADARI** – O auxílio-reclusão será devido apenas em caso de recolhimento do segurado no regime fechado do cumprimento da pena, ou seja, anteriormente mantinha-se o direito para o regime semiaberto que hoje não garantirá mais o pagamento aos dependentes.

Antes da MP, era apurado, como limite de renda para o recebimento do auxílio-reclusão, o valor do último salário do segurado que foi preso. Agora serão considerados os 12 últimos salários para enquadrar como baixa renda.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como se dará o benefício de prestação continuada (BPC/LOAS)?*

**JOÃO BADARI** – O requerimento, a concessão e o “pente-fino” ficam condicionados à autorização do cidadão que está requerendo o benefício assistencial o direito de acesso aos seus dados bancários (este ponto passa a vigorar após 90 dias da publicação da MP).

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que estabelece a MP com relação a pensão por morte?*

**JOÃO BADARI** – Com relação a pensão por morte, a MP estabelece um prazo de 180 dias, após a morte do segurado, para que os filhos menores de 16 anos façam

o pedido de pensão. Isso não quer dizer que após 180 dias não terão direito ao benefício, mas, sim, aos atrasados desde a morte (retroativos). Tal questão é contrária ao Código Civil, que estipula aos menores de 16 anos não correr prescrição (embora seja uma lei especial, que se sobrepõe a geral), mas questiona-se também a constitucionalidade da mesma, pelo princípio da proteção à criança.

Este princípio se norteia no pressuposto de que os menores não são detentores de capacidade de exercício, por si só, de seus direitos, necessitando, por isso, de terceiros: família, sociedade e, principalmente, o Estado, para que possam resguardar os seus bens jurídicos fundamentais, consagrados na legislação específica, até que se tornem plenamente desenvolvidos para o exercício.

A Medida Provisória também trouxe alterações para o provisionamento de valores de pensionista para o reconhecimento de novos dependentes por meio de ação judicial, mas este regramento só passará a valer se a medida for realmente convertida em lei.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como o trabalhador rural deverá proceder para ter o direito ao benefício?*

**JOÃO BADARI** – O Ministério da Economia deverá manter um sistema de cadastro dos trabalhadores rurais no CNIS e esta será a fonte de comprovação do direito ao benefício. Isto ocorrerá a partir de 2020.

Para os períodos anteriores, a comprovação se dará por auto declaração do segurado especial (que não recolhe ao INSS) homologada por entidade do PRONATER (Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural). As declarações emitidas por sindicatos rurais perdem a validade.

Portanto, a Declaração do Sindicato não será mais válida para comprovar o tempo de trabalho rural, tornando-se imprescindível a Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar, emitida por entidades conveniadas com o PRONATER. A partir de 2020, o CNIS será o único documento válido para comprovação do direito de obter a aposentadoria rural do trabalhador especial.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Na sua opinião não dificultará para as famílias que trabalham em atividade de subsistência?*

**JOÃO BADARI** – A medida é significativa e importante, porém prejudicará muitas famílias que trabalham em atividade de subsistência, visto que essas não possuem instrução para o cadastramento. Trabalhamos com diversos segurados do campo e vemos que este tipo de burocracia o impedirá de obter o seu tão almejado descanso após anos de roça, pois, mesmo trabalhando arduamente por décadas, ele não realizará o seu cadastro. A questão burocrática irá se sobrepor a realidade fática do homem do campo.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como o INSS realizará a revisão das aposentadorias e pensões?*

**JOÃO BADARI** – O INSS realizará o “pente-fino” em benefícios irregulares e ilegais, onde o servidor irá auditar processos de aposentadorias e pensões em vigor

(a MP estabelece que ele receberá o valor de R\$ 57,50 para cada processo em que encontrar indício que fundamente o cancelamento do pagamento). Este item busca moralizar a concessão de pagamentos mensais e também economia aos cofres públicos.

Este programa de auditoria para encontrar benefícios irregulares não é uma novidade trazida pela MP, pois a lei 8.212/91 dispõe sobre a fiscalização constante dos pagamentos realizados pelo INSS.

É necessário que haja tal auditoria, pois existem milhares de aposentadorias, pensões e auxílios pagos de forma irregular, mas deve ser respeitado o contraditório ao beneficiário. Para isso, a MP estabelece que o INSS comunicará por meio eletrônico, carta ou por informação em sua rede bancária que o benefício possui indício de irregularidade, concedendo o prazo de 10 dias para que ele se defenda.

**CONCEITO JURÍDICO** – *No caso de cancelamento do benefício, mesmo com a defesa, como o beneficiário deverá proceder?*

**JOÃO BADARI** – Se mesmo com sua defesa o INSS cancelar o benefício, o prazo de recurso da decisão é de 30 dias. Não apresentando defesa, ou esta defesa não sendo acatada, o benefício será cassado e, neste caso, a única saída é judicializar a questão, fundamentando sua ação judicial com documentos e fatos que demonstram a legalidade no recebimento do benefício. Tal ação tem três objetivos: o restabelecimento no pagamento mensal do benefício cancelado, pagamento dos atrasados desde o cancelamento e eventualmente a ação de inexigibilidade do débito (requer que o INSS não possa exigir a devolução de nenhum valor recebido pelo beneficiário).

**CONCEITO JURÍDICO** – *E a questão da comprovação da prova de vida?*

**JOÃO BADARI** – Anualmente os segurados que recebem benefícios deverão comprovar para o INSS que estão vivos.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E a Certidão do Tempo de Contribuição (CTC)?*

**JOÃO BADARI** – A MP estabelece a vedação de ser emitida Certidão de Tempo de Contribuição com o registro de tempo de serviço, sem a comprovação de contribuição efetiva (período ficto), exceto para o segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, não se aplicando ao tempo de serviço anterior à edição da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que tenha sido equiparado por lei a tempo de contribuição.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como será exigida a prova de união estável e da dependência econômica?*

**JOÃO BADARI** – A prova de união estável e de dependência econômica exige início de prova material contemporânea dos fatos, não sendo admitida apenas a prova testemunhal (exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito).

A Justiça reconhece a concessão por meio de prova testemunhal, o que é acertado, visto que, mesmo nos dias atuais, é difícil quem formalize a união. ❏

# De Temer a Bolsonaro

■ POR ARMANDO CASTELAR PINHEIRO

O governo Bolsonaro começou indicando que pretende cumprir as promessas de campanha. Na economia, em particular, Paulo Guedes repetiu no discurso de posse muito do que dissera na campanha. O ministro falou de reforma da previdência, corte de gastos, simplificação tributária e burocrática, abertura comercial, privatização etc. Várias medidas viriam já em janeiro, ficando as que requerem mudanças constitucionais para fevereiro, quando o novo Congresso toma posse.

Isso indica uma saudável continuidade na política econômica, pois a redução do papel do Estado na economia – por meio do tripé de contenção de gastos públicos, desregulamentação e mais competição – também foi a base da política econômica do governo Temer e, até certo ponto, do governo Dilma, a partir de 2015.

Em termos das agendas de competição e melhoria regulatória, vale destacar no governo Temer a reforma trabalhista, a substituição da TJLP pela TLP, as privatizações e concessões, o fim do uso indiscriminado de medidas antidumping, a melhoria do portal de comércio exterior, a criação da duplicata eletrônica e a menor intervenção política nas estatais. O último Doing Business, em que o Brasil melhorou bem de posição, mostra o impacto positivo dessas medidas.

Por sua vez, a Emenda Constitucional 95, que criou o teto de gastos, foi a medida fiscal mais importante. Mas essa política vinha de antes: a despesa primária total do governo central acumulada em 12 meses até novembro cresceu em média 0,64% ao ano no último quadriênio, em termos reais, um décimo dos 6,4% de alta média anual nos 12 anos anteriores, nos governos Lula e Dilma I.

Algo semelhante ocorreu com o crédito dado por bancos públicos. Entre novembro de 2002 e o mesmo mês de 2014, o saldo dessas operações cresceu em média 15,5% ao ano, contra uma alta média anual de 9,3% nos empréstimos privados, descontada a inflação. Já nos quatro anos encerrados em novembro passado, o saldo de

empréstimos dos bancos públicos caiu em média 4,7% ao ano, contra uma queda média anual de 2,7% nos bancos privados, também em termos reais.

A contenção do gasto e do crédito público permitiu ao Banco Central reduzir a taxa Selic para seu mínimo histórico, enquanto manteve a inflação baixa e as expectativas inflacionárias bem ancoradas. Isso ajudou a tirar o país da recessão e a reduzir as despesas com juros sobre a dívida pública – de 8,3% do PIB no acumulado de 12 meses até novembro de 2015, para 5,6% do PIB nos 12 meses até novembro último.

Foram avanços importantes, mas insuficientes, pois o déficit do setor público permanece elevado, levando a uma dinâmica insustentável da dívida pública, o que gera desconfiança e limita a retomada do crescimento. Além disso, o Estado continua intervindo mal e demais na economia, distorcendo a alocação de recursos, travando o empreendedorismo e criando custos de transação elevados.

O novo governo promete resolver isso avançando mais ampla e profundamente nessa agenda de reformas e de contenção de gastos. Não é um desafio pequeno, pois gastos e intervenções públicas, mesmo quando prejudiciais à coletividade, beneficiam grupos específicos, que vão resistir a mudanças.

É na forma de enfrentar essas resistências que vejo a grande diferença entre Temer e Bolsonaro, e não na política econômica. Ou seja, a mudança está na estratégia política para avançar com o tripé de ajuste fiscal, liberalização econômica e melhoria no ambiente de negócios, e não no conteúdo em si das propostas.

Temer e seus auxiliares mais próximos são especialistas nas negociações com grupos de interesse dentro do Congresso. Foi essa expertise que lhes permitiu avançar com tantas reformas, inclusive a da previdência, que possivelmente teria passado, não fosse a delação da JBS. Ocorre que essa estratégia política tem a óbvia limitação de precisar respeitar os interesses dos grupos representados no Congresso e no poder público em geral. O que significa que com ela os avanços serão sempre limitados e insuficientes para alterar mais dramaticamente o modelo de política econômica, em que pese isso pode ocorrer pontualmente em certas áreas, com certos grupos, por certo tempo.

Seja por necessidade, seja por convicção, seja pelos dois, Bolsonaro está se propondo a seguir um caminho diferente. Em que pesem os anos como deputado, ele não tem o traquejo de Temer para poder repetir a mesma estratégia política. Mas a forma como compôs o seu ministério também mostra que ele conscientemente optou por não seguir por aí. A proposta, me parece, é enfrentar os grupos de interesse de forma mais radical. Isso se daria buscando o apoio do eleitor e esperando que este pressione o seu congressista. Apoio que não viria necessariamente de compreender a lógica das reformas, mas de acreditar que o governo está no caminho certo. Sucessos em outras áreas que não a economia poderiam ajudar com isso.

A ideia de enfrentar o chamado “presidencialismo de coalizão” também estava presente na campanha de Marina Silva e se fortaleceu a partir da Lava-Jato, que expôs muitos dos atores que o faziam funcionar na prática. É difícil saber se Bolsonaro será bem-sucedido nisso, e o que acontecerá se não for. Mas será certamente interessante acompanhar esse processo. 



**ARMANDO CASTELAR PINHEIRO** é coordenador de Economia Aplicada do Ibre/FGV e professor do IE/UFRJ.

# Corporeidade e identidade na contemporaneidade

por TIAGO VIEIRA BOMTEMPO

**P**resencia-se nos dias atuais o corpo como objeto de (re) construção de si, porém, subordinado pelo capitalismo. O corpo hoje, sobretudo, é um símbolo, no qual o que importa é a aparência, o que representa na sociedade.

Esta apresentação de si dada ao corpo começa a ser moldada com o nascimento da pessoa a partir das disciplinas corporais impostas pelo meio social. Desde a escola e ao longo da juventude seguem-se



“A falta de um pensar crítico acerca do corpo traz esta domesticação pela mídia e pelo consumo, desviando a falibilidade humana e a chegada da velhice, junto à morte. É preciso ter uma nova concepção de corpo, como nos tempos da Grécia Antiga, da construção do corpo como integridade, de si para os outros, e não no sentido inverso, a cultura do “ter” e não do “ser”.”

padrões para se estar inserido na sociedade, sobretudo quando inicia-se a vida profissional. Tudo na rotina certa, hora de acordar, hora de ir para a escola, hora de ir trabalhar, hora de dormir. No ambiente laboral, hora do intervalo, para comer, descansar, enfim, “o movimento do corpo ocorre dentro de limites cuidadosamente definidos por engenheiros industriais para maximizar a eficiência” (MAROUN; VIEIRA, 2008, p.182), dentro da lógica capitalista.

O corpo na atualidade é “uma matéria-prima a qual se dilui a identidade pessoal, e não mais uma raiz de identidade do homem” (LE BRETON, 2009, p. 15). É suporte à pessoa, instrumento de melhoramento para a conformação de uma identidade sempre buscada e nunca encontrada.

Ao mesmo tempo em que se torna meio de libertação, torna-se de dominação, que, para um estado de felicidade, de superação, deve sofrer constantes rituais para estar “sarado”, “bombado”, com o corpo perfeito.

São as revistas, a internet, a televisão, enfim, todos meios de comunicação enfatizam o culto ao corpo belo, acima de qualquer coisa. O corpo virou objeto de consumo, e, se não bastassem horas e horas nas academias, a busca de cirurgias plásticas é cada vez maior, “retalhando” o corpo, em nariz, glúteos, seios, coxas e abdômen (BARBOSA; MATOS; COSTA, 2011). “Ignorando esse sistema aparente de obediência e códigos, o consumidor vive suas condutas consumistas como signo de expressão e liberdade esquivando-se da realidade que vislumbra para a própria vida.” (MAROUN; VIEIRA, 2008, p. 180).

O consumo do corpo exige na sociedade contemporânea a imagem ideal, “você é o que aparenta ser”, as entrevistas de emprego, a aceitação em grupos e no próprio meio social requerem a preocupação com a beleza do corpo.

Assim, só tem prestígio e ascensão quem tem uma ótima aparência, quem se destaca sobre os outros, é desejado e cobiçado, reforçando a ideia da Grécia Antiga com uma nova roupagem, com o culto aos “deuses” estampados nas capas de revistas, nas passarelas, nas novelas e nos filmes. Quem tem mais fama e melhor condição financeira é o bem-sucedido. Para aqueles que não conseguem alcançar esse *status*, alguns chegam a se “esvaziarem” para se “preencherem” no outro e ser o que não são.

Assim, o corpo chega a ser descartável, muda-se conforme os padrões ditados pela televisão, pela moda, fruto do consumo. Perde-se o corpo, perde-se a identidade,

muda-se a embalagem, mas continua-se vazio de conteúdo (BARBOSA; MATOS; COSTA, 2011).

Ainda nesse cenário contemporâneo, o ambiente esportivo mostra-se como um dos principais palcos do espetáculo do corpo. O culto aos músculos, ao liso, ao jovem, e a tecnologia que hoje é proporcionada pelo mundo dos esportes, sobretudo nas roupas especiais, proporciona junto à difusão midiática, a sensação do Monte Olimpo grego, em que os atletas inspiram a divindade na exuberância de seus “corpos perfeitos” (SILVA; GOELLNER, 2007).

Neste sentido, muitos atletas recorrem ao uso de meios ou substâncias proibidas, caracterizando o *doping*, para que possam superar os próprios limites do corpo e ter a ascensão que desejam obter, tudo em nome da vitória, ainda que seja injusta, e de contratos milionários (LARA, 2012).

Em outro extremo, sob a bandeira da liberdade corporal e da construção da própria liberdade, desviando-se dos “padrões”, aparecem na contemporaneidade os grupos anarquistas e de protesto contra o culto ao corpo, como os *punks* e *hippies*, que utilizaram o corpo como forma de expressão do pensamento, com o uso de tatuagens, cabelos pintados, *piercings* e roupas nada convencionais, criando o seu próprio estilo de se vestir e viver. Surgem a partir daí os chamados *guetos*, os grupos sociais, os surfistas, os mauricinhos e patricinhas, os nerds, os nemos, os funkeiros e outros, na busca da conformação da identidade do indivíduo. Isto é, o padrão deixa de ser um só, para se tornar vários no contexto de uma sociedade cada vez mais plural (BARBOSA; MATOS; COSTA, 2011).

Ressalta-se ainda a existência de grupos radicais com o corpo, que chegam mesmo a deformar a si próprios em razão de sua (re)afirmação identitária e expressão da autonomia corporal, que, sob dor extrema, não fogem do culto à aparência e do espetáculo. São os praticantes das *body modifications* ou modificações corporais que consistem em transformar ou marcar o corpo para terem sua própria marca, como símbolo de sua identidade corporal ao fugir do padrão de consumo (RODRIGUES; CANIATO, 2009).

Afora as modificações corporais, hoje se tem o que se chama de *body art*, em que “o corpo é um material destinado às fantasias, às provocações, às intervenções concretas. Em um gesto ambivalente em que o desprezo se mistura intimamente com o elogio, o corpo é reivindicado como fonte de criação.” (LE BRETON, 2009, p.45).

Afora as modificações corporais como expressão do “próprio eu”, o corpo tornou-se objeto de mutilações como a cirurgia de transgenitalização e de amputações, como ocorre com os *wannabes*<sup>1</sup>, em busca da conformação mente-corpo.

Neste sentido, percebe-se o uso do corpo como suporte à violência, à dor e ao esforço físico (TEIXEIRA, 2010), ainda que em nome de uma suposta autonomia.

E, para quem não deseja ter dor, na contemporaneidade esta se mostra desnecessária, pois é cada vez mais corrente os adeptos do prozac, rivotril e outros antidepressivos. Basta escolher qual remédio deseja e o indivíduo terá a sensação querida, mesmo que não esteja doente. O importante é não sofrer, não estar cansado ou com sono, se o problema é a falta de atenção ou apetite sexual e ereção, também existe um “remedinho” para isto (LEPARGNEUR, 2010).

Outro ponto relevante do corpo na atualidade é no que tange a compreensão que este pode tomar para além de sua unidade física. As partes isoladas ao corpo,

como os objetos que o acompanha, a exemplo de próteses, adereços e mesmo um cão guia de um deficiente visual, pode-se afirmar fazerem parte do corpo, devendo ser protegidos pelo direito à autonomia corporal da pessoa.

Por outro lado, o corpo, a partir da codificação do genoma humano<sup>2</sup>, reduziu a pessoa a seu DNA, de forma que todas as características dos indivíduos são determinadas pelo seu genótipo.

Junto a isto, com o avanço da tecnologia, é possível com exames médicos, identificar com base no DNA, os genes responsáveis por determinados comportamentos, propensão à violência e ao suicídio, por exemplo. “As explicações assentam, deste modo, na química do cérebro e nos genes de cada um.” (BARBOSA; MATOS; COSTA, 2011, p. 31). Cria-se um determinismo biológico do corpo, desconsiderando-se as experiências de vida do indivíduo.

Se por um lado o corpo se desdobra em materiais e coisas, por outro lado, presencia-se na contemporaneidade o grande tabu da mercantilização do corpo. O debate acerca da venda de órgãos e do útero de substituição torna-se cada vez mais crescente, ainda que seja vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>3</sup>.

Os avanços da medicina, sobretudo com a reprodução assistida, difundiram a criação de bancos de esperma, de óvulos e de DNA, aumentando a funcionalidade do corpo e, por conseguinte, a facilidade de mercantilização destas partes que compõem o corpo, criando-se o que se denomina de “turismo de órgãos” (RODOTÀ, 2010).

O corpo hoje ultrapassa a barreira do físico, revelando-se o chamado “corpo virtual”, a partir do recurso ao computador, como senhas, perfis em redes sociais, sexo virtual, aplicativos de celulares, salas de bate-papo virtuais entre outros. O corpo está em todo lugar, não existe mais distância, basta ter acesso à internet que o corpo estará no mundo, remetendo a uma nova forma corporal em tempo real.

A possibilidade de não mostrar o corpo, favorece a criação de múltiplas identidades, podendo ser o que quiser e quem quiser, inclusive “roubar” a identidade de outrem. Não é preciso dizer a verdade, pois ninguém conhece o indivíduo, não há rosto, não há corpo físico. (LE BRETON, 2009).

Neste sentido, já existe a possibilidade de se criar a mesma imagem no âmbito cibernético (LARA, 2012). A empresa norte-americana *Terasem Movement Foundation Inc.* (TMF), desenvolveu um programa com o nome de *Lifenaut*, espécie de banco de memória, daí ser chamado de arquivo mente, em que é possível a pessoa criar um avatar, um clone, a partir do computador, capaz de reagir aos mesmos comportamentos da matriz. Ainda é possível interagir com outros avatares e armazenar todas as experiências de vida (TMF, 2013). Em suma, é possível estar “vivo” virtualmente após a morte física. “Isso se daria, em um primeiro momento, por meio do compartilhamento de imagens, vídeos, áudios e documentos considerados importantes para a composição do avatar e de *headsets* neurais, que conseguem capturar e transmitir a atividade das ondas cerebrais.” (LARA, 2012, p. 21).

Existem comunidades científicas, como os extropianos<sup>4</sup>, que acreditam na possibilidade de uma existência não corpórea. Stancioli (2010) aponta que o ciberespaço é exatamente o meio propício a isto, em um futuro pelo qual o homem sobreviveria apenas por impulsos eletrônicos, podendo livrar-se do corpo.

Este desenvolvimento tecnológico afasta o homem ainda mais de sua dimensão corporal, imiscuindo-se à máquina, para melhor se adaptar às suas “necessidades”

atuais. “É como se a seleção “natural” de Darwin ganhasse outros contornos e nós, à mercê das leis evolutivas, tivéssemos de nos adaptar.” (SILVA; MORENO, 2005, p.126). Não é mais preciso do contato físico, estando-se imune a qualquer doença.

A ficção científica presenciada nos filmes como Matrix, Robocop e Exterminador do Futuro passa a estar mais próxima da realidade.

Já se fala do ciborgue, “homem aparelhado no qual a técnica interfere sensivelmente no funcionamento de seus comportamentos: um homem vivo com uma prótese e cuja existência é submetida a um controle regular de suas atividades.” (LE BRETON, 2009, p.204).

É possível observar o prenúncio desta “ciborguização”, ainda que com fins benéficos e éticos ao homem, principalmente nos hospitais, nas UTIs (Unidade de Terapia Intensiva), com os aparelhos de respiração, de hemodiálise, a criação dos “bebês de proveta”, os implantes de todas as formas, as próteses e outros.

Sabe-se dos benefícios que a tecnologia proporciona ao homem, entretanto, caminha-se para uma relação de dominação não entre homem e máquina, mas máquina e homem. O corpo perde o seu papel e passa a ser substituído pela máquina. Evolui-se para o *Homo silicium* (LE BRETON, 2009).

Ao mesmo tempo, revela-se na contemporaneidade a instrumentalização do corpo pelo próprio indivíduo, que, sob uma suposta autonomia, possui a legitimidade de modificar-se ou ser o que quiser. Entretanto, esta “autonomia” não passa de mera falácia, pois autonomia implica em dignidade, a não transformar o corpo como bem entender, concepção inserida no imperativo categórico de Kant (SANDEL, 2011).

Coaduna-se em parte com Sandel, pois, a partir do desenvolvimento desta autonomia com capacidade de discernimento é que será possível uma (re)construção do corpo com dignidade, na construção de vida de cada um, com base em suas experiências pessoais, ou seja, na sua biografia, ainda que faça o que quiser sobre o próprio corpo.

Se por um lado atualmente presencia-se a possibilidade de (re)construção do corpo pelo próprio indivíduo, libertando-se dos dogmas religiosos impostos pela Igreja na Idade Média e do padrão social na Idade Moderna, por outro, na busca de uma identidade, a pessoa esvazia-se diante da cultura ditada pela imagem, veiculada pela mídia, assumindo, desta forma, objeto de consumo. Portanto, passa a seguir, mesmo que (in)conscientemente, ao padrão imposto pelo consumo.

A falta de um pensar crítico acerca do corpo traz esta domesticação pela mídia e pelo consumo, desviando a falibilidade humana e a chegada da velhice, junto à morte. É preciso ter uma nova concepção de corpo, como nos tempos da Grécia Antiga, da construção do corpo como integridade, de si para os outros, e não no sentido inverso, a cultura do “ter” e não do “ser”. 

## NOTAS

- 1 Os *wannabes* são pessoas que, para se reconciliar corpo e mente, ou seja, o corpo se adequar à mente, amputam uma parte indesejada do corpo. Sofrem do distúrbio psíquico chamado BIID, *Body integrity disorders* (Distúrbios da integridade do corpo) (RODOTÀ, 2010).
- 2 A codificação do genoma humano foi possível com o mapeamento genético desenvolvido pelo Projeto Genoma.

- 3 De acordo com a Lei dos Transplantes, Lei nº 9.434 de 1997, a comercialização de órgãos é tipificada como crime, conforme art. 15: “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.” (BRASIL, 1997).
- 4 O *Extropy Institute* tem dentre as suas missões: “Existir para ajudar a criar o melhor futuro possível em face dos avanços tecnológicos rápidos e profundos, especialmente aqueles que podem alterar a condição humana.” (EXTROPY INSTITUTE, 2013, tradução nossa).

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Maria Raquel; MATOS, Paula Mena; COSTA, Maria Emília. Um olhar sobre o corpo: o corpo ontem e hoje. *Psicologia & Sociedade*, Florianópolis, v. 23, n. 1, Abr. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822011000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822011000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 05 jul. 2018.
- BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Melhoramento humano no esporte: o Doping Genético e suas implicações bioéticas e biojurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.
- BRASIL. Lei nº 9.434, de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 fev. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2018.
- EXTROPY INSTITUTE. Disponível em: <<http://www.extropy.org>>. Acesso em: 05 jul. 2018.
- LARA, Mariana Alves. *O direito à liberdade de uso e (auto) manipulação do corpo*. 2012. 140 f.: Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.
- LE BRETON, David. *Adeus ao corpo: antropologia e sociedade*. 2. ed. Campinas, (SP): Papyrus, 2007.
- LEPARGNEUR, Hubert. Promoção da humanidade futura: Enhancement. *Revista Bioethikos – Centro Universitário São Camilo* – 2010; v, 4, n. 3. p. 310-314.
- MAROUN, Kalya; VIEIRA, Valdo. Corpo: uma mercadoria na pós-modernidade/The body: a commodity in post-modernity / Cuerpo: una mercancía en la postmodernidad. *Psicologia em Revista*, [S.l.], v. 14, n. 2, p. 171-186, mar. 2009. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/view/346>>. Acesso em: 04 jul. 2018.
- RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Trotta, 2010.
- RODRIGUES, Alexandra Arnold; CANIATO, Angela Maria Pires. “Corpo-mercadoria”, sob controle e punição: prenúncios de uma subjetividade aniquilada?. *Rev. Mal-Estar Subj., Fortaleza*, v. 9, n. 2, jun. 2009. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1518-61482009000200012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482009000200012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 04 jul. 2018.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SILVA, André Luiz S.; GOELLNER, Silvana Vilodre. Universo biotecnológico e fronteiras partidas: Esporte, gênero e novo eugenismo. *Revista Gênero*, Niterói, v. 7, n. 2, 1. sem. 2007. Disponível em: <<http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/08112009-024307silvagoellner.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.
- SILVA, André Luiz; MORENO, Andréa. Frankenstein e cyborgs: pistas no caminho da ciência indicam o “novo eugenismo”. *Pensar a Prática*, Goiânia, v. 8, n. 2, Jul./Dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/fef/article/view/110/1556>>. Acesso em: 05 jul. 2018.
- STANCIOLI, Brunello Souza. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade, ou, Como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.





# STF e a suspensão da investigação contra Carlos Queiroz: dois pesos e duas medidas?

■ POR MARCELO AITH

**“Ficam no ar as seguintes indagações: o ministro Luiz Fux decidiu contrariando o princípio da colegialidade que tanto defende? São dois pesos e duas medidas de acordo com o freguês? Qual seria a visão do Ministro Sergio Moro neste estranho episódio?”**

O mundo jurídico foi surpreendido, novamente, com uma decisão liminar, no mínimo estranha, proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, suspendendo a tramitação do Procedimento de Investigação Criminal (PIC) instaurado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em face do policial militar Fabrício José Carlos de Queiroz, que era assessor parlamentar de Flávio Bolsonaro na Alerj (Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro).

O referido PIC tinha por escopo apurar movimentação financeira “estranha” nas contas de Queiroz no valor de R\$ 1,2 milhão no período entre janeiro de 2016 e janeiro de 2017, o qual corresponde à época em que era motorista do filho do presidente Bolsonaro.

O vice-presidente do STF e ministro de plantão durante o recesso do Judiciário, Luiz Fux atendeu a pedido do deputado estadual e senador eleito Flavio Bolsonaro, para suspender provisoriamente, até que o relator do caso, ministro Marco Aurélio Mello, retornasse a suas atividades após o recesso. Fluminense Ressalte-se, por oportuno, que a

ausência de publicidade do ato judicial, além de aguçar a curiosidade dos cidadãos, permite que os operadores do direito levantem algumas dúvidas quanto à pertinência e a correção da medida tomada, mesmo porque a Reclamação foi ajuizada por Flavio Bolsonaro, ao que se sabe, não é investigado pelo Ministério Público.

Caberia ao clã Bolsonaro vir a público e esclarecer qual a fundamentação espousada do referido instrumento constitucional, que tem hipótese de cabimento restritas, senão vejamos:

- a) para preservar a competência dos tribunais superiores;
- b) para a garantia da autoridade de suas decisões;
- c) contra decisão judicial ou ato administrativo que contrariar, negar vigência ou aplicar indevidamente entendimento consagrado em súmula vinculante; e
- d) para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Tudo indica que seja por conta de Flavio Bolsonaro ter se diplomado Senador da República, o que, em tese remeteria a investigação, diante do foro por prerrogativa de função do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que a Corte Suprema, em 3 de maio de 2018, por maioria de votos, prevaleceu entendimento do ministro Luís Roberto Barroso, que foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Luiz Fux, Marco Aurélio Melo e Celso de Mello, de que o “foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”.

Não se pode olvidar que as investigações deflagradas pelo Ministério Público do Rio de Janeiro tiveram sua gênese nas informações fornecidas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, consistentes em movimentações financeiras incompatíveis do motorista de Flávio Bolsonaro, bem como a existência de supostos funcionários fantasma e saques em dinheiro realizadas por assessores do parlamentar fluminense.

Dessa forma, tendo em vista que a única hipótese plausível para a impetração da Reclamação, na espécie, é para preservar a competência dos tribunais superiores, a decisão liminar do ministro Fux afrontou a decisão exarada pela maioria dos ministros do Supremo, inclusive o entendimento do próprio ministro, na Ação Penal 937, uma vez que os fatos ocorreram no período em que era Deputado Estadual, o que afastaria a prerrogativa de função e a atração da presidência das investigações para o STF.

Assim, ficam no ar as seguintes indagações: o ministro Luiz Fux decidiu contrariando o princípio da colegialidade que tanto defende? São dois pesos e duas medidas de acordo com o freguês? Qual seria a visão do Ministro Sergio Moro neste estranho episódio?

Segundo apontado pelo jornalista Gerson Camaroti, a cúpula das Forças Armadas e o Ministro do Gabinete Segurança Institucional, General Augusto Heleno, se mostraram desconfortáveis com o pedido manejado por Flávio Bolsonaro e com a decisão liminar.

Por enquanto, permanece a estranheza no imaginário dos cidadãos brasileiros! 



**MARCELO AITH** é especialista em Direito Criminal e Direito Público.



*Vladimir Belmino de Almeida*

---

# A modernidade, tecnologia e a segurança na prestação de contas eleitoral

**J**á há um bom tempo que a prestação de contas eleitoral vem sendo alvo de atenção especial nos tribunais eleitorais. Foi-se a época que as sobras de campanhas eram incorporadas ao patrimônio pessoal dos candidatos, hoje vivemos a realidade do financiamento público e de várias contas corrente para movimentar recursos de campanha.

A construção dessa realidade da prestação de contas eleitorais tem especial interesse vez que gera efeitos jurídicos que podem chegar à falta de condições de elegibilidade, quando outrora acarretava a impossibilidade de ser diplomado e tomar posse.

De fato, a não prestação de contas impede a diplomação e posse do eleito, o que não ocorre com a desaprovação. Já a reprovação ou desaprovação pelo Tribunal Regional Eleitoral das contas de campanha não impedem a diplomação ou a posse de candidatos eleitos. O que somente ocorre no caso de não apresentação da prestação de contas eleitorais.

Então, não fosse apresentada a prestação de contas, seria impedida a diplomação; mas o fato de haver parecer de analista contábil de tribunal eleitoral que sugere a desaprovação das contas significa dizer que, mesmo com indícios de irregularidades, a prestação de contas foi apresentada.

Outra peculiaridade atual da análise e vida da prestação de contas eleitoral cinge-se ao fato de que as empresas podem emitir notas fiscais com o CNPJ da campanha sem que isso passe pelo candidato, o que gera complicações na hora de sanar as irregularidades. Veja-se, sem que o candidato soubesse ou aprovasse, foi sacada nota fiscal contra seu CNPJ de campanha e esta nota fiscal, via de regra, não pode ser cancelada após determinado prazo.

Isso anda em descompasso como sistema de agilidade imposto pela prestação de contas atual, que ocorre com grande imediatismo no sistema dos tribunais. Seria mais adequado que quando se tratar de nota fiscal destinada a campanha eleitoral, essa necessitasse do aceite do candidato ou do representante da campanha. E não se trata de burocracia, haja vista a fartura de mecanismos e aplicativos tecnológicos de assinatura. Em verdade, basta querer.

Outra singularidade que pode evitar transtornos desnecessários advém da falta de providência em suspender o CNPJ imediatamente ao final da campanha. A Receita Federal cria e atribui os CNPJs de campanha em 1 ou 2 dias, é tudo muito simples, seguro e rápido. Também é de singeleza tecnológica para cancelar CNPJ, então porque manter a função de ser atribuída nota fiscal ao CNPJ após a meia noite do dia da eleição?

Ora, se a própria lei veda qualquer transação após o final da eleição não há motivo para que seja mantida esta função do CNPJ. A solução tecnológica é simples e impediria qualquer emissão de nota posterior, e se for necessário a utilização do CNPJ para qualquer consulta, isso ainda pode ser feito, basta desabilitar única e exclusivamente para cadastro e emissão de notas fiscais.

Essas 2 providências, o aceite da nota e a suspensão e emissão de nota fiscal do CNPJ, são adequações simples e práticas que socorrem à lei, fazendo que a tecnologia sirva ao sistema eleitoral e, ao mesmo tempo que garante o cumprimento da lei, traz segurança a todos os envolvidos na prestação de contas eleitorais, aos prestadores de serviço, aos candidatos, aos administradores das campanhas e aos técnicos eleitorais.

Fica, portanto, essa contribuição em forma de sugestão para as próximas eleições. 



# O discurso de ódio como retrocesso à consolidação da liberdade de expressão no estado democrático de direito do Brasil

■ POR JARBAS RICARDO ALMEIDA CUNHA

**O** objetivo deste artigo é demonstrar como o abuso e deturpação do exercício do direito à liberdade de expressão podem se transfigurar em discurso de ódio e intolerância, retrocedendo premissas civilizatórias contidas no ordenamento jurídico que ampara nosso Estado Democrático de Direito.

**“Numa nação de forte tradição autoritária como a nossa, defender os valores do pluralismo, participação, alteridade, transparência, conscientização e senso crítico torna-se extremamente fundamental não somente para o debate de ideias, mas também para a ratificação do protagonismo ativo e ativo de grupos e pessoas que lutam por um Brasil mais amplo e igualitário.”**

Para tanto, analisaremos o conceito normativo do direito à liberdade de expressão e do discurso de ódio, para em seguida expor pontos de reflexão que se inserem no debate atual de nossa sociedade, baseando-se em autores sobre a temática ora apresentada, sempre com o intuito de construir uma sistematização argumentativa em defesa da Democracia e da Constituição.

## **O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

O direito à liberdade de expressão é uma conquista civilizatória da democracia ocidental, ratificada em conceituadas normativas internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Art. 19), o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (art. 19), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (Art.13), irradiando significativa aceitação juspolítica em vários países, dentre estes o Brasil, que consolidou normativamente o direito à liberdade de expressão na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso IV e também no art. 220<sup>1</sup>.

A liberdade de expressão é caracterizada como direito e garantia fundamental de primeira geração, inerente à defesa de pensamento e manifestação de toda e qualquer pessoa, seja esta física ou jurídica, devendo caminhar de mãos dadas com a Constituição da República, balizada pelos valores e parâmetros normativos dos elementos formadores de um Estado Democrático de Direito. Em síntese, o direito à liberdade de expressão deve ser exercido em respeito e condizente com os ideais democráticos, não se permitindo, por isso, externar qualquer tipo de preconceito e discriminação.

## **O DISCURSO DE ÓDIO COMO RETROCESSO À CONSOLIDAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

O discurso de ódio – também conhecido como “hate speech” – pode ser considerado como abuso e deturpação do exercício do direito à liberdade de expressão, quando defender, promover, ou incitar discriminação, intolerância ou violência contra indivíduos ou grupos em situação de vulnerabilidade, como

mulheres, negros, LGBTI's e ativistas sociais, atingindo, dessa forma, pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Nossa Constituição Federal condena explicitamente o discurso de ódio, e em seu art. 3º, inc. IV, dita como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; assim como em seu art. 5º, inciso XLII, em que criminaliza especificamente a prática de racismo: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

A lei federal, que regulamenta o art. 5º, inciso XLII de nossa Constituição e que conceitua o discurso de ódio, é a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Em seu art. 20 pontua de forma imperiosa: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.”; especificando ainda a criminalização da divulgação do nazismo (art. 20 § 1º).

A nível internacional, o Conselho da Europa – a mais antiga instituição europeia em funcionamento – conceitua o discurso de ódio como “qualquer expressão que espalha, incita, promove ou justifica ódio racial, xenofobia, antissemitismo ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo a intolerância causada por nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, migrantes e pessoas de origem estrangeira”.

Diante desses conceitos, podemos afirmar que o discurso de ódio não se encontra abarcado pelo direito à liberdade de expressão em nosso país, pois atenta gravemente contra todo o ordenamento jurídico de nosso Estado Democrático de Direito, consolidado a duras penas depois de décadas de ditadura civil-militar (1964-1985).

## **FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA COMO INIBIDOR DO DISCURSO DE ÓDIO**

A depender das lutas e disputas sociais, a história das sociedades comprova que há sempre um pêndulo em movimento que refletirá sobre a classificação dos regimes políticos adotados em determinadas conjunturas, ora se inclinando para um movimento progressista que culminará no ápice de um regime democrático, ora para um movimento retrógrado de afirmação do autoritarismo.

Esse movimento pendular pode ser considerado um termômetro para se medir o grau de aderência ao exercício do direito à liberdade de expressão – mais atuante em regimes democráticos; ou à naturalização do discurso de ódio e intolerância – axiomáticamente inerente à regimes autoritários.

Nesta quadra histórica em que presenciamos o aprofundamento da crise dos valores da democracia ocidental, relatado por autores como Levitsky e Ziblat (2018), Castells (2018), Runciman (2018), Korybko (2018), há o conseqüente aumento exponencial de abuso e deturpação do direito à liberdade de expressão, transfigurando-se em discursos e crimes de ódio e intolerância, sendo passivamente naturalizado não somente por parte considerável da sociedade, mas, o

que denota maior gravidade, pelas instituições que deveriam zelar pelos direitos e garantias constitucionais, o que também contribui para a desestabilização de regimes democráticos.

O antídoto para se combater o discurso de ódio no Brasil e, ao mesmo tempo, fortalecer o pluralismo da liberdade de pensamento e de expressão seria a luta incessante pela consolidação do Estado Democrático de Direito, garantindo as premissas da conquista civilizatória emanada pela Constituição Federal.

Para que seja respeitado o exercício democrático do direito à liberdade de expressão e a consequente inibição do discurso de ódio, propomos algumas sugestões: formação humanística nas instituições de ensino, em que haja respeito ao pluralismo, diversidade de ideias e senso de alteridade; conscientização e participação popular de variados atores em suas múltiplas idiossincrasias; compreensão e tolerância com os supostos adversários principalmente em relação aos setores mais vulneráveis e minorias organizadas; permanente vigilância democrática e republicana pelas instituições que compõem o Estado Democrático de Direito com o escopo de garantir um saudável ambiente de discussão e embate propositivo, não se omitindo a sancionar posturas de ódio e intolerância; e fomentar o agir civilizatório na utilização de ferramentas e dispositivos da internet por meio das redes sociais, com o intuito de coibir o anonimato e a divulgação das denominadas *fakenews*.

Tais sugestões para a consolidação democrática do direito à liberdade de expressão no Brasil são amparadas pela *Theoriedeskommunikativen Handelns – Teoria do agir comunicativo* (1981) de Habermas, em que o pensador alemão afirma àqueles que agem comunicativamente “referem-se não mais diretamente a algo no mundo objetivo, social ou subjetivo, mas relativizam suas enunciações diante da possibilidade de que a validade delas seja contestada por outros atores” (TkH 1 148), ressaltando a postura democrática de pluralidade no exercício da liberdade de pensamento e expressão.

Também a intelectual belga Chantal Mouffe (2003) lastreia nosso entendimento de que o fortalecimento da democracia é condição basilar para todo o potencial da liberdade de expressão e consequente repúdio ao discurso de ódio. Mouffe defende uma ideia de democracia radical que se baseia na diferença, ou seja, que o outro seja reconhecido e respeitado no seu direito de ser diferente, pois a diferença e o debate de ideias são necessários ao crescimento e a vivência da cultura democrática: “Um adversário é um inimigo legítimo, um inimigo com quem temos em comum uma adesão partilhada aos princípios ético-políticos da democracia” (p.16), para a seguir complementar que “a tarefa primária da política democrática não é eliminar as paixões nem relegá-las à esfera privada para tornar possível o consenso nacional, mas para mobilizar aquelas paixões em direção à promoção do desígnio democrático (p.16).”

Devemos, portanto, fortalecer a relação dialética entre Estado Democrático de Direito e exercício do direito à liberdade de expressão no Brasil, pois há uma ligação intrínseca entre esses conceitos, fundamental para continuarmos lutando pelas conquistas civilizatórias de nossa sociedade, inibindo, deste modo, qualquer tipo de discurso de ódio.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta conjuntura político-social de ódio e intolerância, precisamos urgentemente resgatar os valores do Estado Democrático de Direito para que sejam resguardadas todas as formas de pensamento e expressão vocalizados principalmente pelas minorias atuantes em nosso país.

Numa nação de forte tradição autoritária como a nossa, defender os valores do pluralismo, participação, alteridade, transparência, conscientização e senso crítico torna-se extremamente fundamental não somente para o debate de ideias, mas também para a ratificação do protagonismo ativo e altivo de grupos e pessoas que lutam por um Brasil mais amplo e igualitário. 

## NOTA

- 1 Art. 5º Inc. IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; Art. 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm). Acesso em 18/11/2018.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Promulgação. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 18/11/2018.
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. *Theoriedes kommunikativen Handelns*. [Teoria do Agir Comunicativo]. 2 vol. Frankfurt/M., 1981.
- KORYBKO, Andrew. *Guerras Híbridas: das revoluções coloridas aos golpes*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MOUFFE, Chantal. Democracia, Cidadania e a Questão do Pluralismo. *In Revista Política e Sociedade*. Nº 03, Out. 2003. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2015/1763>. Acesso em 18/11/2018.
- OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 18/11/2018
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Acesso em 18/11/2018.
- RUNCIMAN, David. *Como a Democracia Chega ao Fim*. São Paulo: Todavia, 2018.



**JARBAS RICARDO ALMEIDA CUNHA** é Analista Técnico de Políticas Sociais (ATPS). Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Política Social pela Universidade de Brasília (UnB).

# Internet, religião e educação: Entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão

■ POR MÁRCIA HORA ACIOLI

‘Não acabaremos com o ódio pregando o amor, mas agindo em nome de um diálogo que não apenas mostre que o ódio é impotente, mas que o torne impotente!’

*Márcia Tiburi*



**V**iver e deixar viver. O que aconteceu no Brasil para que, nos últimos anos, um lema tão simples tenha, aparentemente, perdido todo e qualquer sentido e valor? Por que a mera diferença, característica de tudo o que é e está vivo, parece ter se tornado, para tantos, tão ameaçadora?

Alegando-se que a liberdade de expressão, garantida na Constituição de 1988, protege quem dirige palavras hostis e desqualificadoras contra pessoas ou segmentos da população, muito se diz de forma aleatória e irresponsável. A internet, a religião e a educação fazem parte desse quadro, ora incrementando a intolerância e fomentando a violência, ora criando conexões e promovendo a beleza da diversidade.

A internet indubitavelmente proporciona o conforto da ilusão de não estarmos sós. O que a princípio parece conexão pode significar em determinado momento falta de percepção sobre o outro. Falamos com muitas pessoas ao mesmo tempo, conversamos com ninguém. Pouco notamos o nosso interlocutor. Como diz Sakamoto (2016), o anteparo da internet garante a segurança do interlocutor, mas o torna menos propenso a sentir o outro. Protegidos por um escudo simbólico, podemos proferir qualquer coisa sem que o outro nos olhe nos olhos; é fácil e sem riscos. Não há condição favorável à empatia. Colocar-se no lugar do outro passa a ser mais difícil. “A internet pode se tornar um púlpito de onde se fala, mas não se ouve” (SAKAMOTO, 2016). Quando a empatia se estabelece a prática da violência tende a se reduzir, por razões óbvias. Colocar-se no lugar do outro significa compreender a sua existência, as suas dores e alegrias.

**“O clima de liberdade e de movimento é condição para uma boa educação, que seja emancipadora e humanista. Aqui temos mais uma tarefa, mais um desafio: assegurar que crianças, adolescentes, homens e mulheres sejam educados para dismantelar os discursos da intolerância e as práticas de violência e aprendam a construir projetos coletivos onde todos importam.”**

Se por um lado conseguimos encontros e o fortalecimento de lutas coletivas por meio dos contatos estabelecidos pela tecnologia, por outro há práticas indiscriminadas de ofensa, além de disseminação de notícias falsas com a nítida intenção de disputar poder e manipular massas.

A informação circula em uma velocidade antes inimaginável. Numa espécie de histeria coletiva, as pessoas não largam o celular. Ansiedade e pressa. O mundo é fugaz.

A linguagem do autoritarismo, segundo Márcia Tiburi, é repetitiva e viciosa, não havendo espaço para a percepção da complexidade humana. É o aniquilamento da diversidade em nome de uma norma arbitrária. Permite o ódio. A repetição sem ponderação, sem reflexão, interdita qualquer possibilidade de

diálogo. O autoritarismo é “uma máquina de produção de inconsciência, de uma subjetividade deformada pelo discurso” (TIBURI, 2015). Com isso, um muro invisível se estabelece e impede a comunicação. São brados jogados ao ar sem esperar respostas. Tantas vezes proferidas, as palavras na internet ganham status de verdade e se alastram como uma epidemia incontrolável. O outro é o estranho a quem se deve eliminar, enxotar ou dominar.

Cabe-nos perguntar: o que vem a ser a liberdade de expressão que nos é tão cara?

Nas artes, a liberdade de expressão tem relação com a manifestação autêntica das coisas da alma. Autenticidade que se constrói com influências estéticas e é inspirada em experiências de vida, ou seja, é a expressão do que há de peculiar de cada um. As linguagens são feitas por somatória de significados costurados por uma gramática própria. A liberdade nunca é total, seus limites são impostos pela linguagem, como também pelo repertório cultural e ético da pessoa. Os limites são flexíveis e os poetas, assim como os outros artistas, reinventam sua linguagem. O diálogo se estabelece recriando sentidos, contribui para a compreensão sobre nós mesmos e sobre nós na sociedade. O diálogo é dinâmico, movimentando sensibilidades e nunca é terminado. Sempre há espaço para dúvidas. O importante é a soma de perspectivas. Somos multifacetados e é a esta complexidade que devemos a nossa condição humana.

O que importa dizer é que a liberdade é fruto de um mergulho profundo na experiência da pessoa e deve ampliar horizontes, nunca restringir. Assim como nas artes, na política a liberdade deve estar a serviço de trazer o peculiar para ser matéria de reflexão, de movimento e de mudanças. O que é peculiar deve agregar e estabelecer conexões. Não há liberdade em ambiente de ódio, uma vez que este impõe a restrição à manifestação pública do ser ‘diferente’. O discurso de ódio nada tem de livre. Está aprisionado no seu único propósito de esmagar a humanidade daquele que não é seu igual. Condena o diferente, propõe eliminar o que se considera ruído. Concentra poder, institui o controle. O discurso autoritário é o aniquilamento da diversidade e a imposição de um modelo imposto como correto. A violência é autorizada, uma vez que o outro não importa.

No que diz respeito ao mundo da fé, é denominador comum das religiões ocidentais definirem-se como detentoras da verdade. Na história do cristianismo a Santa Inquisição, por exemplo, cuidou de torturar e matar pessoas e expurgar, censurar e proibir livros, criando sérios obstáculos para o desenvolvimento de pensamentos livres. Os dogmas são anunciados para serem aceitos e o discurso autoritário propicia a negação da fala que interroga a respeito das ‘verdades’. Também há no cristianismo uma vertente libertadora que apresenta Cristo como homem de luta e de generosidade. Assim mesmo Deus é uma abstração com a qual é impossível debater e as organizações religiosas são estruturadas a partir de um modelo hierarquizado e vertical.

Portanto, a repetição do discurso religioso na internet causa efeitos danosos por propor a eliminação do pensamento diferente e a categorização das pessoas como se umas fossem mais humanas que as outras. Evidentemente há um projeto de poder subjacente aos discursos religiosos. Cabe a nós decifrá-lo.

De acordo com um relatório da Anistia Internacional de 2017, o Brasil se tornou o país das Américas onde mais são assassinados defensores dos direitos humanos. Além de ativistas, o país mata sistematicamente jovens negros, índios, quilombolas, a população LGBTI e mulheres, o que evidencia uma sociedade racista, homofóbica e machista. Não por coincidência, todos esses segmentos são alvos do discurso de ódio.

Trago aqui a figura emblemática da parlamentar Marielle Franco, ativista, mulher, negra, bissexual, defensora dos direitos humanos. Além de exterminada, Marielle foi submetida a várias outras mortes simbólicas. Logo após seu assassinato circularam na internet inúmeras notícias falsas associando-a a traficantes, numa clara intenção de desmoralizá-la, como se isso pudesse diminuir a gravidade de sua execução. E, para espanto dos desavisados, dois jovens candidatos a deputado no Rio de Janeiro que posaram com a placa em homenagem à vereadora quebrada foram eleitos, mostrando que o ódio contamina.

Outro caso a ser destacado é o programa Mais Médicos. No panorama em que mais de 700 municípios se encontravam sem médicos e outros milhares que contavam apenas com um, nasce o programa que traz médicos estrangeiros ao Brasil. Os profissionais cubanos vindos para que as mais remotas comunidades e os rincões de pobreza tivessem assistência digna foram recebidos com vaias pela elite médica brasileira e chamados de escravos. A jornalista Micheline Borges escreveu em seu Facebook: "... essas médicas cubanas têm cara de empregadas domésticas. Será que são médicas mesmo???? Afe, que terrível. Médico geralmente tem postura, tem cara de médico, se impõe a partir da aparência...". Para uns escravos e escravas, para outros, empregadas domésticas – percepção associada evidentemente à cor da pele. Parecer-se com empregada doméstica não é ofensivo. É ofensivo atribuir a pessoas de pele negra o único lugar de subalternidade na sociedade brasileira. Vaias. Ofensas. A violência injustificável é reveladora do grau de racismo e intolerância emanados por aqueles que estão amparados pelo conforto de uma realidade desigual.

A escola, por sua vez, é lugar onde os discursos são determinantes para o exercício da liberdade ou da opressão. Para Paulo Freire, o caráter libertador se alcança com uma leitura complexa do mundo e uma interpretação crítica e sensível permanente da vida, construção que se dá na interação entre os sujeitos e suas respectivas realidades. A escola movimenta subjetividades e tem papel fundamental na construção de uma sociedade humanizada. É importante que na escola se aprenda a escutar, a associar ideias, a criticar, a apreciar, a fazer escolhas e com isso construir um pensamento autônomo. Portanto, o clima de liberdade e de movimento é condição para uma boa educação, que seja emancipadora e humanista. Aqui temos mais uma tarefa, mais um desafio: assegurar que crianças, adolescentes, homens e mulheres sejam educados para desmantelar os discursos da intolerância e as práticas de violência e aprendam a construir projetos coletivos onde todos importam. 



MÁRCIA HORA ACIOLI é Assessora Política do Inesc.

# Liberdade de expressão e o discurso de ódio

■ POR MÁRIA DO ROSÁRIO NUNES



**“As palavras se fazem sentir na honra, na pele e na alma de quem as escuta. A Constituição de 1988 quando abraçou a proteção da liberdade de expressão certamente não o fez pensando na proteção dos cínicos e fracos de caráter, buscou assegurar a liberdade como um direito para constituir uma sociedade justa, fraterna e solidária.”**

**A**pós mais um longo período autoritário, a promulgação da Constituição Brasileira coroa um momento ímpar em nosso país, momento de luta pelo retorno à liberdade e democracia. Debater os limites da liberdade de expressão logo após em que a Constituição Cidadã de 1988 completou 30 anos não só é oportuno em tempos de polarização política, como também é uma forma de homenagear esta Constituição que desde sua promulgação tem contribuído para a melhoria da vida do povo brasileiro. Diante disso, pretende-se contribuir com esta homenagem trazendo-se uma modesta contribuição sobre este direito humano fundamental que é a liberdade de expressão ou manifestação de pensamento.

Ante de mais nada, cabem algumas palavras sobre a liberdade de pensamento propriamente dita. Nesse sentido, nada mais apropriada que rememorar a brilhante lição do saudoso mestre Rui Barbosa: “De todas as liberdades é a maior e a mais alta. Della decorrem todas as demais. Sem ella todas as demais deixam mutilada a personalidade humana, asphyxiada a sociedade, entregue à corrupção o governo do Estado” (BARBOSA, p. 333, 1934). Embora Ruy Barbosa estivesse se referindo ao art. 72 § 12<sup>1</sup> da Constituição de 1891, não é despropositado afirmar que sua lição permanece atual.

Passados mais de um século da primeira constituição republicana, quis o constituinte de 1988, acertadamente, garantir como direito fundamental a liberdade de expressão, basicamente em seu art. 5º, inciso IV, nos seguintes termos “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”. Note-se que a mera leitura do artigo parece já indicar o alcance e a proteção da liberdade de expressão no ordenamento constitucional.

Disse o constituinte de 1988 que a manifestação de pensamento é livre. Portanto, a ninguém compete censurar tal manifestação de liberdade. Adiante, como resultado desse mandamento, a Constituição de forma enfática também garante aos brasileiros que “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”. Tal inciso, somado ao citado inciso IV e ao VI<sup>2</sup> também do art. 5º, englobam o direito do cidadão de pensar. A melhor doutrina, nesse sentido, ilumina a compreensão desses comandos constitucionais da seguinte maneira:

“A técnica constitucional de proteção das liberdades fundamentais fragmentou o direito do homem pensar e manifestar-se em núcleos distintos: a) liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV); b) liberdade de consciência e de crença (inciso VI); liberdade de expressão da atividade intelectual, artística intelectual, científica e de comunicação (inciso IX).” (JUNIOR RODRIGUES, p. 96. 2009).

No entanto, alguém mais desavisado, ao ler o texto constitucional, em uma leitura apressada pode entender que tudo pode ser dito, manifestado, externado, e que aos brasileiros tudo pode ser proferido, escrito, sem maiores consequências, sem responsabilidade alguma. É verdade que o texto não proíbe a manifestação, pelo contrário, garante sua liberdade, e, como tal, não pode ser impedida. Tal determinação, como referido, é logo em seguida reforçada pelo citado inciso IX do art. 5º da CFRB/1988.

Ocorre que em se tratando de Constituição nenhuma expressão do seu texto existe por acaso, como já dizia o velho aforisma romano “Não se presumem

na lei, palavras inúteis” (MAXIMILIANO, Carlos. p. 204, 2011). Dessa maneira, a omissão do intérprete de qualquer parte do texto pode levar a um equívoco interpretativo que não alcançará a finalidade pretendida pelo constituinte. Assim, deve-se chamar atenção para uma pequena parte do citado inciso IV, que embora pareça insignificante, acarreta monumentais consequências para o ordenamento jurídico. Trata-se daquela que muito causa confusão quando esquecida, a vírgula. Note leitor, que após a expressão “é livre a manifestação de pensamento” há uma vírgula que separa da oração a expressão “vedado o anonimato”. O constituinte originário não inseriu tal expressão de forma aleatória. O propósito nos parece inequívoco, ou seja, impedir a manifestação apócrifa, anônima de qualquer que seja.

À primeira vista pode parecer que o objetivo do Constituinte ao vetar o anonimato seria exclusivamente a de garantir a importante proteção de quem for prejudicado por manifestações de má-fé, nocivas e com a intenção de prejudicar. Não fosse assim, crimes como o de injúria ou calúnia teriam de ser considerados inconstitucionais. De fato, se sabe que a palavra é o meio utilizado por alguns para a ofensa, desinformação e toda sorte de vícios que ferem garantias individuais e merecem reprovação social. No entanto, a expressão “vedado o anonimato” insere na Constituição um dispositivo mais amplo do que a proteção diante de ofensas. Ela é parte da formação de um conteúdo ligado a transparência muito relevante também no texto constitucional, e, além disso, a expressão qualifica a livre manifestação do pensamento assegurando uma contrapartida de que é livre o conhecimento sobre quem manifesta o pensamento. Assim, a expressão amplia a liberdade e não a restringe.

Nos tempos atuais, as novas tecnologias de informação modificaram rapidamente para grande parcela da população global o tempo, a distância e a velocidade em que se processa, recebe e emite informações. Nesse contexto, é ainda mais importante e, sem dúvida, inovador que os princípios de liberdade de expressão estejam plenamente assegurados. Sobre tudo, diante do crescimento político de manifestações e crimes de ódio, que se caracterizam como aqueles direcionados a pessoas com intuito de impedir sua livre existência por características e identidade que a ela pertencem. São ações de ódio o racismo, a misoginia, a lgbtfofia, a xenofobia, as manifestações de intolerância e violência contra populações específicas como moradores das periferias, grupos indígenas, quilombolas, pessoas empobrecidas e em situação de rua, deslocados internos, imigrantes ou que professam religiosidades tratadas com desvalorização e desdém. Um pacto que se pretenda civilizatório, positivado no formato de leis que visam assegurar os direitos fundamentais deve desestimular, rechaçar e coibir o ódio. Que não raras vezes, se propaga pelo manto do anonimato. Se reforça que a manifestação do pensamento não é restrita pela proibição do anonimato, mas é qualificada de forma que ao direito de livre expressão corresponde o direito pleno à transparência e conhecimento público sobre quem se expressa.

Nessa toada, vale reportar-se ao Ministro Alexandre de Moraes, que em sua obra “Constituição do Brasil, interpretada e legislação constitucional”, assim leciona:

“A proibição ao anonimato é ampla, abrangendo todos os meios de comunicação (cartas, matérias jornalísticas, informes publicitários, mensagens na Internet, notícias radiofônicas ou televisivas, por exemplo). Vedam-se, portanto, mensagens apócrifas, injuriosas,

difamatórias ou caluniosas. A finalidade constitucional é destinada a evitar manifestação de opiniões fúteis, infundadas, somente com o intuito de desrespeito a vida privada, à intimidade, à honra de outrem; ou ainda, com a intenção de subverter a ordem jurídica, o regime democrático e o bem-estar social.” (MORAES, p. 141, 2009)

A liberdade de expressão, por essa via, portanto, deve conjugar-se à garantia do direito de dignidade da pessoa humana e a defesa do conjunto de princípios constitucionais. Não ao acaso, ela integra vários artigos da Constituição Federal, entre os quais o art. 5º que expressa o título dos direitos e garantias fundamentais. É oportuno destacar que estas garantias correspondem a absorção interna ao ordenamento constitucional nacional dos princípios constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. É um marco histórico que a Constituição de 88 tenha recepcionado a Declaração Universal de Direitos Humanos, elaborada em 1948 com importante participação da delegação brasileira, mas que a ditadura civil-militar iniciada em 1964 comprometeu qualquer possibilidade de implementação.

No que diz respeito aos discursos de ódio, observa-se opiniões que consideram que eles estejam protegidos pela liberdade de expressão. Nada mais falso quando falamos do ordenamento jurídico brasileiro. Nos art. 1º e art. 3º respectivamente, estão insculpidos princípios claros o suficiente contrário a lógica de que essas manifestações estejam protegidas pela lei. A CF/1988 colocou limites que devem ser apurados *a posteriori* ao manifestado. Não poderia ser diferente, pois não fosse assim, alguma tentativa de cercear a manifestação antes de proferida ou publicada, equivaleria à censura. Sabe-se que a cultura autoritária que permeia a história brasileira não cessa de buscar a liberdade de expressão mesmo em períodos democráticos. Por isso mesmo, defender esse direito é o melhor caminho para a verdade, a liberdade e a dignidade humana.

Tanto o constituinte originário e o legislador posterior, como as decisões no poder judiciário, indicam que a liberdade de expressão se encontra como parte dos direitos humanos em condição de interdependência aos demais direitos. Assim é, que existe a possibilidade de reparação por danos advindos do desvirtuamento no uso desse direito. O que se constitui em abuso contra outrem. A respeito disso, vale invocar um trecho de um precedente do STF:

“As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [HC 82.424, rel. p./ o ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, P, DJ de 19-3-2004.]”

A decisão do Ministro Maurício Corrêa, refere-se ao julgamento do Habeas Corpus de Siegfried Ellwanger, condenado por publicar, vender e distribuir material antisemita. Esse julgado, como diz-se no jargão jurídico, ilustra bem os contornos da liberdade da manifestação de pensamento em confronto com a manifestação de ódio e preconceito.

A ascensão do populismo de extrema-direita nas últimas décadas no ocidente, de modo geral, e no nosso país, construiu uma situação na qual a liberdade de expressão muitas vezes é invocada por tais setores de forma cínica para isentar aqueles que propagam o ódio. No lugar de uma polarização política que carregue no centro do debate as questões do desenvolvimento nacional, constitui-se no Brasil, inclusive com impacto em resultados eleitorais, a propagação de *fake news*, injúrias e difamações.

A proteção da democracia precisa de um lado garantir a liberdade de expressão, valor inestimável como visto na lição de Ruy Barbosa, rechaçando-se qualquer tentativa de censura prévia, de mordada à liberdade de pensamento, de manifestação. De outro lado, não deve a sociedade brasileira transigir diante do ódio. Deve, pelo contrário, agir nos limites legais para coibir qualquer tentativa de incitação ao ódio, ao extermínio ou a violência. Toda a ação humana antes de realizar-se foi pensamento, ao tornar-se palavra ela adquire o poder de cooptar seguidores e, no caso, em que propagam o ódio e o preconceito, servem como gatilho para movimentos que irrompem em atos de violência física, tal qual o assassinato do Mestre Moa do Katendê em Salvador/BA, assassinado pelas costas, por declarar um voto diverso do seu agressor.

As palavras se fazem sentir na honra, na pele e na alma de quem as escuta. A Constituição de 1988 quando abraçou a proteção da liberdade de expressão certamente não o fez pensando na proteção dos cínicos e fracos de caráter, buscou assegurar a liberdade como um direito para constituir uma sociedade justa, fraterna e solidária. 

## NOTAS

- 1 “Art. 72 § 12. Em qualquer *assumpto* é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato.”. Este artigo chegou a ser alterado por uma emenda constitucional em 1926. Em todo caso a redação do citado parágrafo não sofreu alteração com esta modificação constitucional.
- 2 Art. 5º VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. V Volume. São Paulo: Saraiva & Cia: São Paulo, 1934.
- JUNIOR RODRIGUES, Otávio Luiz. *Comentário à Constituição Federal de 1988*. Coordenação Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil, interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



**MARIA DO ROSÁRIO NUNES** é professora, mestre em educação, doutoranda em ciência política. Foi Ministra de Direitos Humanos no 1º governo Dilma e é deputada federal pelo PT-RS.

# Brumadinho: vidas tarifadas, indenizações e ausência de temor reverencial das empresas pelo Judiciário

■ POR RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES

“A esperança é que realmente as autoridades comecem a lutar pelos interesses do trabalhador e do cidadão brasileiro que é vítima desse capitalismo que visa apenas o lucro a qualquer custo, inclusive do custo da vida humana.”

**A** tragédia ocorrida no município de Brumadinho, em Minas Gerais, pelo rompimento da Barragem I da Mina Córrego do Feijão já é um dos maiores, senão o maior, acidente de trabalho registrado no Brasil. Evidentemente, causa indignação e perplexidade no cidadão pelo grande número de vítimas fatais, desaparecidos e toda a destruição que provocou na região. Além disso, o desastre ocorreu pouco mais de três anos de outro rompimento de barragem na cidade de Mariana, também em Minas Gerais.

No quesito “aspecto legal” podemos apontar duas razões que concorrem para a continuidade dessas tragédias. Primeiro, a inconstitucional alteração legislativa promovida pela reforma trabalhista que limita o dano extrapatrimonial do humano nas relações de trabalho a 50 (cinquenta) vezes o valor do seu salário, criando, em tese, amarras ao Judiciário e categorizando o cidadão. E, segundo, pelo incentivo ao destemor pelo Poder Judiciário, propugnando o desenvolvimento empresarial capitalista pelo menor custo a qualquer custo, ainda que se trate de vidas.

Não são poucos os empregados do primeiro acidente ocorrido em Mariana que ainda não receberam suas indenizações, o que comprova de forma transparente a ausência de temor reverencial de alguns empregadores pelas decisões judiciais. Mesmo após a primeira tragédia, por ser mais barato discutir judicialmente do que acolher as famílias dos empregados e corrigir os erros, a Vale, empresa responsável nos dois casos optou pelo seu “Vale Recurso”, se valendo do Judiciário para arrastar as indenizações devidas por vidas ceifadas.

A juíza plantonista Renata Lopes Vale, da Vara do Trabalho de Betim, determinou o bloqueio de R\$ 800 milhões da mineradora Vale. O congelamento tem o objetivo de assegurar as indenizações necessárias a todos os atingidos, empregados diretos ou terceirizados, pelo rompimento da barragem, em Brumadinho. A esperança é que realmente as autoridades comecem a lutar pelos interesses do trabalhador e do cidadão brasileiro que é vítima desse capitalismo que visa apenas o lucro a qualquer custo, inclusive do custo da vida humana.

Alguns gostam de citar exemplos de outros países quando tratamos de proteção dos empregados, tentando através de retórica pífia, demonstrar que na ausência de proteção há geração de empregos e desenvolvimento. Ledo engano. Nos países com maior desenvolvimento, e para citar o preferido dos embusteiros, nos Estados Unidos da América, não há indenizações pequenas, mesmo para situações infinitamente menores das que ocorreram em Minas Gerais. Enquanto nossas autoridades – Executivo, Judiciário e Legislativo - não compreenderem que indenizações devem ser fixadas em valores consistentes, de modo a ser mais barato corrigir os erros do que discutir no Judiciário, aguardaremos a próxima sirene da Vale tocar. Isso é, se ela tocar, o que não ocorreu em Brumadinho. 



**RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES** é doutor e mestre em direito do trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professor de direito e processo do trabalho da pós-graduação da PUC-SP, sócio fundador do escritório Freitas Guimarães Advogados Associados e eleito para ocupar a cadeira 81 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

# As reformas processuais penais na América Latina – A visão de Alberto Binder

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Infelizmente, não creio que tenhamos no Brasil, nada obstante o esforço e o sacrifício pessoal de muitos – cito aqui, por todos, o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho –, uma reforma que represente uma mudança substancialmente importante no processo penal brasileiro. Ao contrário, diria que “em tempos sombrios”<sup>10</sup> como os que certamente viveremos, uma reforma na Justiça criminal brasileira representará uma verdadeira e triste involução processual penal.”



O Professor Alberto Binder, da Universidade de Buenos Aires, é um dos maiores entusiastas das reformas processuais penais na América Latina. Atual Presidente do Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)<sup>1</sup>, tem se dedicado há anos a defender reformas processuais penais em nossa região, a fim de que sejam, em definitivo, abandonadas as bases de um processo penal de modelo inquisitivo e implementado verdadeiramente (e não somente com reformas legislativas e mudanças de códigos) um processo penal de raiz acusatória.

No texto “El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades”<sup>2</sup>, o Mestre argentino analisa em que consiste, efetivamente, e sob a sua ótica, uma reforma processual penal – rumbo ao sistema adversarial –, suas naturais e estruturais dificuldades, muitas delas que explicam porque o Brasil é o único País na América Latina que continua com um Código de Processo Penal dos anos 40, de feição nitidamente inquisitorial.<sup>3</sup>

Neste trabalho, Binder procura mostrar, de uma maneira absolutamente didática, as razões pelas quais os países latino-americanos procuraram ao longo dos últimos anos, modificar o seu sistema processual penal, inaugurando o que ele mesmo identifica como “la nueva justicia penal de América Latina”, excluindo-se o Brasil, por óbvio!

Para isso, logo no início, deixa claro que o sistema inquisitório representa um modelo completo de administração da Justiça, forjado ao longo de muitos séculos, enraizando-se em nossa cultura jurídica.

Esclarece, inclusive, que este modelo (inquisitorial) teve várias formas, desde as mais antigas (como na Espanha e na Alemanha, na época da caça aos hereges e às bruxas), até as mais modernas (oriundas do modelo napoleônico), que foram incorporando algumas regras e princípios do sistema acusatório (como a oralidade, por exemplo), mas sem mudar, de forma definitiva e ampla, “sus reglas básicas de funcionamiento.”

Quais seriam, então, estas “reglas básicas de funcionamiento” que precisam finalmente ser modificadas? Seriam quatro as principais regras, a saber:

a) A primeira diz respeito ao papel das partes no processo penal, pois no sistema adversarial, ao contrário do inquisitivo, é absoluta, necessária e visível a divisão das funções dos Juízes, do Ministério Público e da Defesa. Assim, “el papel de las partes en la preparación del caso que deberá juzgar el juez es determinante y el juez debe mantener un papel imparcial.” O oposto, portanto, do que ocorre no processo penal brasileiro, onde o Juiz tem um papel de absoluto protagonismo judicial (e midiático), bastando citar, por todos, o ex-Juiz Federal, Sérgio Moro, hoje Ministro da Justiça.

Assim, por exemplo, “el modo como el juez debe comprobar la existencia de lo que le proponen los acusadores está sujeta a reglas de conocimiento que constituyen el juicio oral y público. En primer lugar, de poco servirían tantos resguardos si el juez ya tiene tomada su decisión antes de conocer las pruebas de los acusadores, tiene preconceitos o prejuicios acerca de lo que debe decidir. Por ello el juez debe ser imparcial, debe actuar como tal, y debe construir su decisión sobre la base de lo que las partes le presentan en la sala de audiencia y el observa directamente (inmediación).”

Em segundo lugar, no sistema adversarial as decisões devem ser tomadas em um julgamento público e sob o crivo do contraditório, devendo as partes, imediatamente, apresentar suas respectivas provas e debater seus argumentos. Portanto, o julgamento é oral e público!

Ademais, neste sistema, reconhece-se o acusado (pouco importa o nome que se lhe dê) como um sujeito de direitos, e não um mero objeto do processo. Aqui, à vítima também se reconhece uma série de direitos.

Por último, ao contrário de um processo penal burocratizado, escrito e dispendioso, no sistema adversarial “lo importante es que el caso tenga una respuesta del sistema judicial, ya sea por vías alternativas (no punitivas) como a través de un adecuado juzgamiento”, pois “la función de la justicia penal es dar respuesta, no tramitar expedientes (papeles).”Veja-se, por exemplo, aqui no Brasil a nossa investigação preliminar realizada pela Polícia (por meio do velho Inquérito Policial, cujas origens remontam ao Império) ou pelo Ministério Público (a partir dos chamados Procedimentos Investigatórios Criminais, de duvidosa constitucionalidade<sup>4</sup>).

Em seguida, o estudo do Mestre argentino aponta quatro “ideias” necessárias para que logre êxito a reforma do processo penal.

Em primeiro lugar, é preciso que a reforma da Justiça penal seja vista como um verdadeiro “cambio de prácticas”, ou seja, não são suficientes apenas mudanças legislativas, mas, para além disso, é necessário que haja “nuevas formas de intervención” que permitam “que las personas cambien sus formas de actuar según las reglas del modelo adversarial.” Assim, “el nuevo sistema de justicia penal también será un conjunto de prácticas.”

Disso resultará um autêntico “duelo de prácticas” a ser travado entre o velho e o novo, entre as antigas tradições inquisitoriais e as novas formas de atuação, desde uma concepção acusatória do processo penal. Neste sentido, os “operadores judiciales” precisam ter consciência “de que cada una de sus prácticas cotidianas tiene una enorme influencia en la configuración del nuevo sistema.”

A partir desse combate entre o velho e o novo, e após algumas dificuldades naturais de ajuste e adequação, adquire-se “un punto de equilibrio entre lo viejo y lo nuevo.”

Por fim, como uma quarta “ideia”, é preciso que se tenha em consideração que a implementação da reforma se inicia no primeiro dia de vigência do novo Código de Processo Penal (e demais leis processuais), porém dura vários anos, até que o sistema efetivamente adquira seu primeiro ponto de equilíbrio. Como este inicial ponto de equilíbrio tem se mostrado, na prática, de difícil alcance (pelo excessivo peso que continuam ter as práticas inquisitivas), é necessário que o processo de implementação seja permanentemente monitorado, devendo “seguir de cerca lo cotidiano.”

Binder propõe, então, para vencer o duelo e consolidar a implementação do novo sistema, a adoção do que ele chama de uma contracultura adversarial ou acusatória, consistente em “buscar que todo el sistema actúe conforme las reglas adversariales”, de uma tal maneira que “la nueva cultura adversarial debe ser con elti empola nueva cultura dominante”, devendo, portanto, vencer “el duelo de prácticas.”

Para isso, porém, é indispensável que sejam adotadas determinadas regras de atuação cujo efeito “contra cultural” é maior, especialmente na etapa inicial,

a fase de implementação. Neste sentido, o jurista aponta as seguintes regras: a) Audiências públicas e sob o crivo do contraditório; b) Controle da sobrecarga de trabalho na Justiça penal; c) Uso da informação; d) Defesa pública; e) Participação da vítima.

Logo, um novo sistema exige que “las decisiones judiciales (o la gran mayoría de ellas) se tomen en audiencias orales donde las partes litiguen y presenten, cuando sea necesario y según el tipo de decisión, su prueba y sus argumentos”, de tal sorte que “la sala de audiencia sea el lugar de trabajo del juez y de las partes.”

Também se mostra imprescindível – visto que um dos fatores que mais influenciam na manutenção da tradição inquisitorial é exatamente a sobrecarga de trabalho permanente do sistema de Justiça penal – que a nova legislação possua “herramientas contraculturais” que permitam “regular la carga de trabajo con respuestas de alta calidad (reparación, suspensión a prueba, procedimientos abreviados, etc.).”

Também é essencial o uso da informação pelos “operadores judiciales”, de tal modo que eles saibam e tenham em mãos dados seguros “sobre el desempeño del sistema en su conjunto y de cada sector en particular”, evitando que eles, como ocorre no sistema inquisitorial, “se desentiendan de los resultados.”

Necessário também que haja uma Defesa Pública forte, organizada, autônoma e preparada, especialmente “dadas las condiciones socio económicas del país y las condiciones generales del ejercicio de la abogacía”, a fim de que possa satisfatoriamente enfrentar “a los desafíos que le ponedelante a los fiscales.”

Como quinta regra, Binder aponta a participação da vítima, inclusive “cuando asumesu papel de acusador particular”, como outro fator que “empuja al sistema hacia sus formas adversariales.” Ele defende, igualmente, que haja uma relação mais estreita entre o ofendido e o Ministério Público, até para que se neutralize “tendencias inquisitoriales de lapersecución penal.”

Aliás, a participação da vítima no processo penal é tema atual e tem sido motivo de inúmeros trabalhos doutrinários, como observou outro jurista argentino, o Professor Alberto Bovino:

“Después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal. Prueba de este interés resultan la gran variedad de trabajos publicados recientemente, tanto en Argentina como en el extranjero.” Ademais, “se señala que con frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en ‘una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito’”<sup>5</sup>

Na Itália, Michele Correra e Danilo Riponti, também anotaram:

“Il recupero della dimensione una nadella vittima, moltos pessoreificata, vessata, dimenticata da giuristi e criminologi in quanto oscurata da quel lacosí clamorosa edeclantedel criminale, soddisfal’intento direnderegjustizia a chi viene a trovarsi in una situazione una natragicaedingiusta, a chi ha subito e subisce e dannidel crimine e l’indifferenza del la società.”<sup>6</sup>

Aqui, neste ponto, penso ser preciso uma maior reflexão – incabível neste trabalho –, pois a conveniência da intervenção aguda do ofendido no processo penalé de toda ques-

tionável, já que admitir a intervenção do particular seria aceitar que “supapelenel proceso parece estar enfeñado de una especie de sentimiento de venganza”.<sup>7</sup>

Analisando o Direito português, por exemplo, Germano Marques da Silva esclarece que a “intervenção dos particulares no processo penal é por muitos contestada por poder constituir um factor de perturbação, pois não é de esperar deles a objectividade e a imparcialidade que devem dominar o processo penal, mas é também por muitos outros considerada como uma excelente e democrática instituição e assim o entendemos também”.<sup>8</sup> Para ele, a vítima, quando intervém no processo penal, é um mero “colaborador do Ministério Público na promoção da aplicação da lei ao caso e legitimado em virtude da sua qualidade de ofendido ou de especiais relações com o ofendido pelo crime ou da natureza deste”.<sup>9</sup>

Por fim, Alberto Binder conclui o seu texto tratando da “centralidad del juicio en el sistema adversarial”, consistente exatamente na necessidade de “modificar el modo como la justicia penal participa en la gestión de los conflictos.” Esta “centralidad del juicio” concebe o julgamento oral, público e contraditório, como elemento fundante e fundamental para a configuração de um sistema adversarial, tendo como consequência o fato de “que todo imputado siempre tendrá derecho a que antes de aplicarle una sanción penal se realice un juicio oral, público y contradictorio según las reglas que hemos reseñado.”

Somente tendo esta percepção, poderemos abandonar de uma vez por todas “el modo inquisitorial que con sus trámites, sus formalismos, su descuido por las personas, su secreto y el desprecio por la actividad de las partes, ha demostrado ser tanto un sistema ineficiente como arbitrario.”

Infelizmente, não creio que tenhamos no Brasil, nada obstante o esforço e o sacrifício pessoal de muitos – cito aqui, por todos, o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho –, uma reforma que represente uma mudança substancialmente importante no processo penal brasileiro. Ao contrário, diria que “em tempos sombrios”<sup>10</sup> como os que certamente viveremos, uma reforma na Justiça criminal brasileira representará uma verdadeira e triste involução processual penal. ❏

## NOTAS

- 1 “El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) es una fundación que inició sus actividades en el año 1989 en Buenos Aires, Argentina, con la misión de contribuir a la consolidación y el progresivo fortalecimiento del Estado de Derecho en los países de América Latina y del Caribe. Para ello, ha trabajado intensamente en el campo específico de los procesos de transformación de los sistemas judiciales y de los sistemas penales ligados a la transición democrática, promoviendo –desde una perspectiva científica– la defensa de los derechos fundamentales de las personas. A través de esta tarea, el INECIP no sólo ha forjado los cimientos de lo que es hoy la Red Latinoamericana y del Caribe para la Democratización de la Justicia, sino que ha alcanzado reconocimiento a nivel regional e internacional.” Seus objetivos “institucionales se encuadran en el campo de los procesos de transformación de la administración de justicia, y más específicamente en la construcción de un sistema penal menos violento y más respetuoso de la dignidad humana. Los mismos pueden resumirse en: a) Contribuir a la consolidación y el progresivo fortalecimiento del Estado de Derecho en los países de América Latina, trabajando intensamente en el campo específico de los procesos de transformación de los sistemas judiciales y de los sistemas penales ligados a la transición democrática de los países de la región; b) Mejorar los instrumentos legales que ayuden a garantizar el pleno respeto

de los derechos fundamentales, y que contribuyan a fortalecer el sistema de garantías como forma de construir herramientas que eliminen o limiten el avance del autoritarismo dentro de las instituciones judiciales en general y del sistema penal en particular; c) Construir una perspectiva científica rigurosa y comprometida con los derechos fundamentales de las personas, formando constantemente profesionales que reúnan un elevado nivel técnico con un compromiso probado en la lucha contra cualquier forma de autoritarismo y violencia institucional; d) Consolidar una red fluida de intercambio regional, a través de la firma de convenios de cooperación e intercambio con distintas organizaciones no gubernamentales que tienen objetivos afines a los nuestros, pertenecientes a los demás países de América Latina, que permitan la elaboración y ejecución de proyectos conjuntos.” (<http://inecip.org/institucional/>, acessado em 31 de dezembro de 2018).

- 2 Este texto encontra-se disponível na obra coletiva “Código del Proceso Penal – Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2018, páginas 11 a 31.
- 3 Este Código, elaborado sob a égide e “os influxos autoritários do Estado Novo”, decididamente não é, como já não era “um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal”, como dizia José Frederico Marques. Segundo o Mestre paulista, “continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito. A oralidade ficou reservada apenas para o processo civil. O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda porque atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito comum lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica.” (Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 108).
- 4 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. <http://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecuca-penal-criado-cnmp>; MOREIRA, Rômulo de Andrade. No país das Resoluções e Enunciados, quem precisa de lei. <http://emporiadodireito.com.br/no-pais-das-resolucoes-e-dos-enunciados-quem-precisa-de-lei-por-romulo-de-andrade-moreira/>, acessados em 31 de dezembro de 2018.
- 5 Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 21, p. 422.
- 6 “La Vittima nel Sistema Italiano Della Giustizia Penale – Un Approccio criminológico”, Padova, 1990, p. 144. Na doutrina estrangeira, também indicamos “De los delitos y de las víctimas”, obra coletiva com trabalhos de Claus Roxin, Julio Maier, Nils Christie, dentre outros.
- 7 CATENA, Victor Moreno. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 250.
- 8 *Curso de Processo Penal*. 3. ed., Lisboa: Verbo, vol. 1, 1996, p. 308.
- 9 Ob. cit., p. 311.
- 10 “A história conhece muitos períodos de tempos sombrios, em que o âmbito público se obscureceu e o mundo se tornou tão dúbio que as pessoas deixaram de pedir qualquer coisa à política além de que mostre a devida consideração pelos seus interesses vitais e liberdade pessoal. Os que viveram em tempos tais, e neles se formaram, provavelmente sempre se inclinaram a desprezar o mundo e o âmbito público, a ignorá-los o máximo possível ou mesmo a ultrapassá-los e, por assim dizer, procurar por trás deles – como se o mundo fosse apenas uma fachada por trás da qual as pessoas pudessem se esconder –, chegar a entendimentos mútuos com seus companheiros humanos, sem consideração pelo mundo que se encontra entre eles. Em tais tempos, se as coisas vão bem, desenvolve-se um tipo específico de humanidade.” (ARENDDT, Hannah, “Homens em Tempos Sombrios”, São Paulo: Editora Schwarcz Ltda., 2010, p. 19).



**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.



# Compliance e a constante evolução em saúde

■ POR RICARDO RAMIRES FILHO E CLÁUDIO CARNEIRO

**“É com esse olhar de atenção às normas e regras do setor que pretendemos seguir analisando o segmento de saúde, auxiliando no seu desenvolvimento e buscando a cada dia uma saúde de qualidade às pessoas que se valem do sistema privado e público.”**

O desenvolvimento de um Estado Regulador, somado à crescente evolução das corporações empresárias, trouxe ao debate a importância e o destaque que a área de *Compliance* vem ganhando dentro dessas corporações, sejam elas de pequeno, médio ou grande porte, visando a gestão de risco e o cumprimento das regras e normas que geram impacto em seus negócios. E é com absoluta convicção que afirmamos que o setor de Saúde – aqui visto como todo o sistema – é um dos setores que mais necessita criar e desenvolver uma área de *Compliance* forte e ativa para auxiliar no desenvolvimento do negócio, gerando inclusive valor ao segmento, conforme veremos mais à frente.

O setor de saúde tem como uma de suas principais características a interação multiprofissional no desenvolvimento de suas atividades, com profissionais de diversos segmentos e com regras variadas em cada um desses segmentos, o que expõe todos os envolvidos a uma gigantesca malha de normas e regras a serem observadas e seguidas.

Mas, talvez, o que torna a área de saúde tão instigante e desafiadora dentro desse contexto de criação e desenvolvimento da área de *Compliance*, seja o fato de ao final da prestação de serviço estar o bem maior de um ser humano (assim acreditamos): a sua saúde.

Pacientes, Médicos, Hospitais, Operadoras e Seguradoras de Saúde, Laboratórios, Indústria Farmacêutica, dentre outros, são atores de um filme que vem sendo visto e revisto todos os dias, por toda a sociedade, e sofrendo críticas e elogios, talvez mais críticas é bem verdade, mas onde todos acreditam que seja ainda possível criar um sistema mais equilibrado e eficaz e acreditamos que a área de *Compliance* pode ter papel relevante na busca por esse sistema.

Não são poucas as hipóteses em que podemos destacar o papel do *Compliance* na geração de valor ou gestão de risco no segmento de saúde, mas apenas a título ilustrativo, e tendo por base as informações tornadas públicas pelos periódicos

disponíveis a todos, trazemos a questão envolvendo a divulgação em grupo restrito a profissionais da área médica, em aplicativo de conversa instantânea, onde supostamente o profissional, antes mesmo da divulgação pública (se assim fosse permitido), enviou resultados de exame para troca de “opiniões” clínicas, sem autorização da família ou mesmo da instituição hospitalar a qual estava vinculado, conforme prevê a regulação do tema ou ainda o código de conduta da própria instituição.

Após uma apuração interna da unidade hospitalar decidiu-se por desligar o profissional por justa causa, medida essa que, respeitada a decisão em questão, traz a debate todo o processo de gestão de risco desenvolvido nas instituições ligadas a área de saúde, pois entendemos que dentre os pilares de um bom programa de *Compliance*, como por exemplo (a) envolvimento da alta administração, (b) códigos de conduta, (c) treinamento constante, (d) canais de denúncia, dentre outros, o item relativo ao monitoramento e treinamento dos profissionais envolvidos poderia ter mitigado sobremaneira a exposição de todos, paciente, profissional médico e instituição envolvidos.

A experiência mostra que a resistência que prevaleceu durante muitos anos dentre os profissionais e empresas do setor de saúde quanto ao conhecimento e acompanhamento dos riscos envolvidos nas suas atividades, deu lugar à correta percepção de que um programa amplo e bem planejado de *Compliance* protege a todos de eventuais danos advindos do desrespeito às normas, pois os constantes treinamentos e o envolvimento de todos na criação de uma política de pleno conhecimento dos riscos inerentes às atividades – sob a ótica preventiva, permitem uma rápida ação instrutiva e corretiva nas dúvidas levadas à análise ao setor de *Compliance*.

Importante ainda destacar que o conhecimento amplo das normas e regras que agem no segmento de saúde, onde o caráter regulatório é bastante presente, seja através das Agências Reguladoras, seja pelas Entidades de Classe dos profissionais que atuam neste segmento, ou mesmo as normas legais gerais que também surtem efeitos neste sistema, é fator fundamental para a criação e desenvolvimento de uma área de *Compliance* atuante e respeitada.

Por fim, mas não menos importante do que o papel orientador e corretivo da área de *Compliance*, temos a clara visão de que qualquer ator deste sistema que venha a passar por um processo de M&A durante sua trajetória, terá benefícios financeiros importantes ao manter em sua estrutura administrativa uma área de *Compliance*, pois mostrará com rapidez e segurança aos envolvidos no processo o respeito às pessoas e normas envolvidas no desenvolvimento de seu negócio, inclusive, na apuração de eventuais passivos existentes, mormente aqueles não contabilizados, trazendo efetivamente valor financeiro ao seu serviço ou produto.

É com esse olhar de atenção às normas e regras do setor que pretendemos seguir analisando o segmento de saúde, auxiliando no seu desenvolvimento e buscando a cada dia uma saúde de qualidade às pessoas que se valem do sistema privado e público, nunca esquecendo que o ator mais importante desta trajetória será sempre o ser humano, objetivo maior do cenário aqui apresentado. **■**

---

**RICARDO RAMIRES FILHO** é advogado, sócio do Dagoberto Advogados, especializado e pós-graduado em Direito Empresarial na área da Saúde, Membro Efetivo da Comissão de Estudos Sobre Planos de Saúde e Assistência Médica e Coordenador do Comitê de Estudo Sobre a Atenção Domiciliar da OAB/SP. Cursou, também, “Sistemas Privados de Saúde e Reforma do Sistema de Saúde Americano”, pela Harvard School of Public Health.

**CLÁUDIO CARNEIRO** é Consultor Jurídico do Dagoberto Advogados, especialmente, para a implementação de *Compliance*.

# Nova dimensão da Lei de Dados Genéticos

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

O ex-juiz federal Sérgio Moro, em seu discurso de posse ao assumir o Ministério da Justiça, após dimensionar as políticas criminais de combate à crescente e epidêmica criminalidade atual, que impede a população, principalmente a mais vulnerável, de ter acesso às políticas e serviços públicos, com sua perspicácia e inconfundível verve de experiente magistrado, conhecedor dos meandros da criminalidade, teceu rápidos comentários a respeito da Lei nº 12.654/2012, que introduziu o Banco de Coleta de Dados Genéticos para fins criminais, erigindo-a como um dos instrumentos básicos e fundamentais para a nova empreitada persecutória que pretende atingir nos quatro próximos anos, retirando-a do limbo em que se encontra como uma mera miragem legal.

Coerente a estratégia do Ministro da Justiça, pessoa em quem o país deposita ilimitada confiança tanto pelo seu preparo profissional como pelo zelo da coisa pública.

Da mesma forma que a criminalidade organizada cresceu e continua ainda em evolução, estruturando-se e amparando-se na revolução tecnológica, comprovando cientificamente que os mecanismos de ganhos ilícitos circulam fácil e rapidamente, e com a necessária segurança, a Justiça, nas suas funções preventiva e persecutória, tem que lançar mão de realidades impostas pelos algoritmos, alcançando a pessoa infratora desde os seus genes, responsáveis pela sua identificação. Não há mais espaço para uma Justiça que se arrasta e se perde num mundo de provas frágeis, que se diluem ao menor argumento técnico defensivo. A biotecnologia já decifra os mistérios que rondam a existência humana e a tecnologia de informação, por sua vez, com seus computadores devidamente afiados com o desafio, futuramente fará as leituras corretas dos sensores disponibilizados nos humanos.

Assim é que o Direito Penal deve se aliar às novas mudanças para entender o sistema operacional que reveste a organização criminosa e desconectá-la do cenário atual. Para tanto, o perfil genético do criminoso passa a ser uma fonte interessante de conteúdo e informação a respeito do *modus agendi* e da provável autoria. Diz a Lei referida: “Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor”.<sup>1</sup>

O procedimento proposto é semelhante ao CODIS (Combined DNA Index System), criado nos Estados Unidos (EUA). A finalidade do banco é realizar pesquisas com o material genético recolhido dos infratores com os encontrados na cena do crime, visando diminuir os crimes de autoria desconhecida, cujos índices comprometem a criminalidade do país.

O que se faz hoje no trabalho de investigação policial é recolher os vestígios genéticos colhidos na cena do crime, como sangue, fio de cabelo, sêmen, etc. O que se pretende é recolher o material genético para compará-lo com o armazenado no banco de perfis, de forma compulsória, sem qualquer manifestação do agente. Feita a constatação positiva, não quer dizer que a pessoa, independentemente de outras provas, tenha sido a responsável pelo crime. É uma suspeita permissiva para a realização de uma investigação preliminar, sem o conteúdo ainda da certeza.

Como já dito, toda inovação tecnológica é sempre bem-vinda para elucidar crimes e seus autores, desde que conveniente, oportuna e amparada no sistema do *due process law*. O grande entrave da proposta será a proibição constitucional de não permitir que a pessoa produza prova contra si mesma, garantido pelo dogma do direito ao silêncio, em que o suspeito não se vê obrigado a cooperar na produção de provas que o autoincrimine. Principalmente quando se tratar de procedimento invasivo, que é a extração do sangue. A Carta Constitucional estende os braços para o princípio da presunção da inocência, que guarda estreita vinculação com a regra do *nemo tenetur se detegere*, direito assegurado nas constituições democráticas, conforme se constata na norte-americana no instituto do *privilege against self-incrimination*.

Mesmo com a vigência da Lei nº 13.709/2018, que trata da Proteção aos Dados Pessoais, não há liberdade para tanto, *ex vi* dos proibitivos existentes no art. 4º, III, letras “a” e “d”.

Desta forma, a Lei de Banco de Dados Genéticos, embora imbuída das melhores intenções, parece ultrapassar as barreiras das legalidades impostas na Constituição Federal. Mas a respeito do tema foi reconhecida a repercussão geral na alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei nº 12.654/12, que determina a extração obrigatória de DNA. Cabe, portanto, ao Supremo Tribunal Federal dirimir a questão. ■

## NOTA

1 Art. 9º-A, da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, reitor da Unorp, advogado.

# Isonomia, computação gráfica na propaganda eleitoral gratuita e reconvenção

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES E  
MÁRCIO VIEIRA SANTOS

“Se o Código Eleitoral e o novo CPC impuseram aos juízes, como vimos, o dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, notadamente quando tratam de casos símiles, a Justiça não pode deixar de responder corretamente à função que lhe foi confiada pela nação, como guardião maior da democracia eleitoral.”

**U**m dos princípios que regem o Direito Eleitoral é a igualdade de condições aos candidatos, o que se convencionou nominar de “pars conditio”, cuja força normativa deriva do que dispõe o art. 5º, caput e o art. 14 da CF/88, bem como dos arts. 36-A, I e 73 da Lei nº 9.504/1997.

Alberto Rollo assim define a necessidade de paridade de armas entre os candidatos<sup>1</sup>:

é a desejável condição de igualdade que deve existir entre diferentes candidatos postulantes ao mesmo cargo e originários de diferentes partidos.

José Jairo Gomes aprofunda o debate sobre o mesmo princípio<sup>2</sup>:

O princípio em tela adquire especial relevo nos domínios do Direito Eleitoral, já que rege diversas situações. Basta lembrar que os concorrentes a cargos políticos-eletivos devem contar com as mesmas oportunidades, ressalvadas as situações previstas em lei – que têm em vista o resguardo de outros valores – e as naturais desigualdades que entre eles se verificam.

A igualdade almejada é resguardada por diversas normas proibitivas, seja na propaganda eleitoral, na desincompatibilização, quanto nas que tipificam diversas condutas abusivas. Nesse sentido leciona Pedro Henrique Távora Niess<sup>3</sup>:

Deseja o legislador que os candidatos concorram ao pleito eleitoral em igualdade de condições uns com os outros, pois, caso contrário, não se teria uma competição justa. Daí porque são estabelecidas regras rigorosas atinentes a doações para as campanhas, à propaganda eleitoral, ao afastamento de candidatos de cargos ou empregos públicos, ou de funções, mesmo privadas, como os daqueles que apresentam programas de rádio e televisão, ou nos quais são comentaristas, à participação de candidatos nas programações das emissoras radiofônicas e televisivas, assegurada idêntica oportunidade a todos eles.

## **COMPUTAÇÃO GRÁFICA NA PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA**

As Coligação e partidos políticos que lançam candidatos para concorrerem nas eleições e atendem certos requisitos fazem juz ao direito de exibição de propaganda eleitoral na televisão e rádio. Assim, de acordo com o disposto nos incisos § 1º, do art. 47, da Lei Federal nº 9.504/1997, passam a ter o direito à realização de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV.

Ocorre que a propaganda eleitoral possui certas restrições, entre elas aquelas previstas no art. 54 da Lei Federal nº 9.504/97:

Art. 54. Nos programas e inserções de rádio e televisão destinados à propaganda eleitoral gratuita de cada partido ou coligação só poderão aparecer, em gravações internas e externas, observado o disposto no § 2º, candidatos, caracteres com propostas, fotos, jingles, clipes com música ou vinhetas, inclusive de passagem, com indicação do número do candidato ou do partido, bem como seus apoiadores, inclusive os candidatos de que trata

o § 1º do art. 53-A, que poderão dispor de até 25% (vinte e cinco por cento) do tempo de cada programa ou inserção, sendo vedadas montagens, trucagens, computação gráfica, desenhos animados e efeitos especiais.

Um dos temas controversos refere-se à proibição de exibição de computação gráfica. Deve-se ter em mente que a vedação legal inserida no artigo 54 da Lei Federal nº 9.504/97 foi introduzida no ordenamento jurídico eleitoral para vedar mecanismos que tornem muito cara a propaganda, protegendo assim a *pars conditio* entre os candidatos.

Tomando por base a *mens legis* e a teleologia da norma pode-se dizer que a motivação da vedação legal não encontra amparo quando confrontada com a propaganda exibida, pois se deve aplicar tal dispositivo com razoabilidade e de acordo com a presente realidade, conforme colima o artigo 5º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Hoje, é fato, que impúberes manejam os recursos de computação gráfica em seus quartos, postando filmes inteiros nos sítios sociais da rede mundial. É coisa banal e lugar comum apropriarem-se de imagens de arquivos, de filmetes alheios, e, com “dois cliques” – como dizem – montarem peças artificiais. Inexiste, portanto, potencialidade de agressão ao princípio da isonomia as comezinhas e banais utilizações de tecnologia WIPE, exceto aquelas de requinte sofisticados de softwares pagos, não públicos.

O que almeja vedar a legislação é a utilização de mecanismos que encareçam demasiadamente a campanha, e que comprometam a isonomia entre os candidatos. A jurisprudência da Justiça Eleitoral sempre respaldou esse entendimento quando essa proibição era restrita às inserções:

RECURSOS ELEITORAIS. PROPAGANDA ELEITORAL. EFEITOS ESPECIAIS. UTILIZAÇÃO DE SIMPLES ARTIFÍCIOS DE COMPUTAÇÃO GRÁFICA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 51, IV, DA LEI Nº 9.504/97. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO. CRÍTICA A ATUAÇÃO POLÍTICA DE CANDIDATO. POSSIBILIDADE. OFENSA. NÃO COMPROVAÇÃO. PROVIMENTO DO SEGUNDO RECURSO.

1. A utilização simples de computação gráfica e efeitos especiais nas propagandas realizadas sob a forma de inserções não afronta a proibição contida no art. 51, IV, da Lei das Eleições.

2. O objetivo do legislador, ao estabelecer a vedação de utilização destes artifícios, foi coibir o abuso do poder econômico e evitar o desequilíbrio da disputa eleitoral, com publicidades de alto custo.

3. *In casu*, o que se verificou foi a exposição de um *tablet*, no qual uma pessoa passa imagens com o dedo, e, ao final, é exibida a imagem do candidato seguida de frases escritas, recursos que não tornam a propaganda dispendiosa.

4. Críticas, mesmo que veementes, não autorizam, por si só, a suspensão da propaganda eleitoral, desde que estas não ultrapassem os limites do debate político, nem tão pouco propaguem inverdades.

5. A propaganda eleitoral não fere nenhum artigo da legislação eleitoral, pelo contrário, mostra-se pertinente ao debate político, vez que a crítica é salutar à democracia e é necessária para formação do convencimento do eleitor.

6. Primeiro recurso a que se nega provimento e segundo recurso provido.

(Recurso Eleitoral nº 7357, Acórdão de 03/10/2012, Relator(a) JOSÉ FERNANDES DE LEMOS, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 03/10/2012, TRE/PE)

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. ELEIÇÕES MUNICIPAIS (2008). CANDIDATO. PROPAGANDA IRREGULAR. UTILIZAÇÃO. COMPUTAÇÃO GRÁFICA. AUSÊNCIA.

– A utilização de recursos básicos de informática e a simples referência a programa de governo não caracterizam propaganda irregular por não comprometer o equilíbrio do pleito. (RECURSO nº 8585, Acórdão de 02/10/2008, Relator(a) MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI, Publicação: DOE – Diário Oficial do Estado, Volume 75, Data 02/10/2008, TRE/PE)

RECURSO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO ELEITORAL. UTILIZAÇÃO DE COMPUTAÇÃO GRÁFICA E EFEITOS ESPECIAIS. VIOLAÇÃO DA ART. 38, III DA RESOLUÇÃO TSE Nº 23.404/2013. Mera apresentação das legendas de um jingle. Ferramenta que, inclusive, facilita o acompanhamento da propaganda eleitoral por pessoas portadoras de necessidades especiais. Mesmo recurso utilizado para exibição dos nomes dos partidos e coligações. Desprovimento.

Nega-se provimento a recurso, vez que o mecanismo publicitário utilizado na publicidade combatida não representa violação à norma de regência da matéria, nem desestabilizou a desejada paridade de armas entre candidatos durante o prélio eleitoral. (REPRESENTAÇÃO nº 281535, Acórdão nº 1354 de 11/09/2014, Relator(a) MÁRCIO REINALDO MIRANDA BRAGA, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 11/9/2014, TRE/BA)

REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. PRELIMINAR. INÉPCIA. REJEIÇÃO. VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA IRREGULAR. GRAVAÇÕES EXTERNAS, MONTAGENS, COMPUTAÇÃO GRÁFICA, E EFEITOS ESPECIAIS, COM APRESENTAÇÃO DO TESTE DO “PEZINHO”. VIOLAÇÃO DO ART. 26, III, DA RESOLUÇÃO TSE Nº 22.261/2006. INOCORRÊNCIA.

I – Os fatos narrados na petição inicial são idôneos, em tese, para justificar propositura de representação eleitoral com fundamento no art. 26, III, da Resolução TSE nº 22.261/2006. Por outra, a causa de pedir é a alegada irregularidade da propaganda, devendo à Justiça Eleitoral, caso configurada a ilicitude, determinar as medidas que forem necessárias para coibi-la, dentre as quais a proibição de sua veiculação. Preliminar de inépcia da inicial afastada.

II – Não se vislumbra na propaganda impugnada qualquer violação ao art. 26, III, da Resolução do TSE nº 22.261/2006, uma vez que ela não contém dados visuais com o propósito de enganar o eleitor. Ademais, o conteúdo da propaganda tida por irregular não contém mensagem que degrada ou ridiculariza qualquer candidato.

III – Julgou-se improcedente a representação. Unânime. (REPRESENTAÇÃO nº 1397, Acórdão nº 2372 de 30/08/2006, Relator(a) JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 30/08/2006, TRE/DF)

RECURSO DE COMPUTAÇÃO GRÁFICA DE EDIÇÃO DE IMAGEM. VEDADA A SUA UTILIZAÇÃO DE FORMA SOFISTICADA. (REPRESENTAÇÃO nº 608, Acórdão nº 31.987 de 13/09/2006, Relator(a) RUDI LOEWENKRON, Publicação: SESSAO – Publicado em Sessão, Data 13/09/2006, TRE/RJ)

RECURSO. REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL. INSERÇÃO. PARÓDIA. CRÍTICA ADMINISTRATIVA. COMPUTAÇÃO GRÁFICA E EFEITOS ESPECIAIS. MITIGAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO ART. 38, III, DA RESOLUÇÃO TSE Nº 23.191/09. SENTENÇA MANTIDA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

– Propaganda eleitoral mediante inserção na televisão contendo crítica à administração estadual, na forma de paródia, não possui o condão de degradar ou ridicularizar a imagem de candidato.

– A vedação de recursos de computação gráfica e efeitos especiais em inserções deve ser mitigada, sob pena involução tecnológica.

– Recurso a que se nega provimento. (REPRESENTACAO nº 290874, Acórdão nº 290874 de 27/09/2010, Relator(a) JOSÉ ACÉLIO CORREIA, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Volume 14h58min, Tomo 110ª, Data 27/09/2010, TRE/PI).

## NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO

Considerando que as vedações insertas na propaganda eleitoral objetivam tutelar a igualdade de oportunidades entre os candidatos é necessário haver um entendimento judicial uniforme para não gerar iniquidades.

Sendo assim a conclusão que se chega é a de que, por detrás de toda regra e de toda decisão judicial deve haver sempre um princípio que sustenta a regra, como afirma Streck<sup>4</sup>. Tendo como base que a isonomia é um princípio, ela deve ser aplicada, aqui, segundo Dworkin, “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>5</sup>.

O novo CPC, ao estabelecer expressamente, no art. 926, que: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, registra-se, elevou a segurança jurídica, proibição de surpresa e proteção da confiança ao patamar de princípios reitores da sistemática processual.

Isto, a toda evidência, implica dizer que, se os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logicamente, os doutos juízes de primeiro grau também devem julgar de forma estável, íntegra e coerente.

Desta sistemática decorre, dentre outras coisas, que uma decisão emanada por um juiz só pode ser desconsiderada em um caso símile se, por intermédio de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e proibição de surpresa, o juiz promover a *distinguishing*. Logo, cabe definir e delimitar o que seria computação gráfica para aplicar esse conceito uniformemente.

## DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA RECONVENÇÃO NAS AÇÕES VERSANDO SOBRE PROPAGANDA

O que a doutrina passou a convencionar como ações dúplices, tratando do contra-ataque do Réu, quando a sua defesa pudesse consubstanciar uma forma de ataque à pretensão autoral, ou seja, a interposição da reconvenção ou do pedido contraposto, o Novo CPC simplificou.

Com o objetivo de facilitar a defesa do réu e terminar com os inúmeros incidentes processuais autônomos o Novo CPC resolveu concentrar todas as matérias de defesa na contestação, caso da reconvenção, exceção de incompetência e imparcialidade do Juízo, entre outras. Ao fazer isso deixou de prever o pedido contraposto, mas reuniu todas as características das ações dúplices a ser exercida na contestação, através da reconvenção, assim:

Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

Adroaldo Furtado Fabrício disserta a respeito das ações dúplices<sup>6</sup>:

[...] a situação jurídica é tal que qualquer um dos sujeitos pode ajuizar a ação em face do outro ou dos outros. Tal ocorre nos juízos demarcatórios e divisórios: não há, rigorosamente, autores e réus; qualquer dos confinantes ou comunheiros poderia ter tomado a iniciativa. Se há dois sujeitos da relação jurídico-material e qualquer deles pode propor a mesma ação contra o outro, essa ação é dúplice. Geralmente se reconhece essa condição de *actio duplex*, por exemplo, à de prestação de contas, não tanto pelo fato de as poder oferecer quem as deve, assim como pode exigi-las aquele a quem são devidas (na verdade, são diferentes, em um e em outro caso, as pretensões e os remédios), mas antes em razão do efeito secundário de condenação pelo saldo, que faz título executivo contra qualquer das partes, independentemente de quem seja o autor ou o réu.

Logo, ressalta-se: a Reconvenção no Novo CPC é uma junção do antigo pedido contraposto com a anterior reconvenção.

Dito isso, e considerando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo eleitoral, em tese, algumas ações em que se discute propaganda eleitoral na televisão e no rádio poderiam ser o caso de utilização do novel instituto. Isso aconteceria quando, os mesmos fatos que ensejaram o ajuizamento de uma demanda, pelos mesmos Autores/Candidatos em relação a outros Réus/Candidatos, também fossem observados na propaganda dos primeiros. Consubstanciando, dessa forma, uma ação conexa, por ter mesmas partes e pedido, inclusive, baseando-se em fatos análogos. Poderia ser o caso da controversa definição do que seria computação gráfica, proibida na propaganda eleitoral de televisão e rádio.

Vale ressaltar, que as jurisprudências dos Tribunais Regionais Eleitorais admiram a utilização do pedido contraposto no processo eleitoral. Portanto, uma vez que a reconvenção, inserida no Novo CPC, faz as vezes do antigo pedido contraposto, não haveria motivos para deixar de admiti-la, a saber:

PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE PERDA DE CARGO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA – DEFESA CONSISTENTE NA ARGUIÇÃO DE PRELIMINARES DE DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO, INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO TSE 22.610/07 E INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE E, NO MÉRITO, DE MOTIVO JUSTO PARA A DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA CONSISTENTE NO DESVIO REITERADO DO PROGRAMA PARTIDÁRIO E NA GRAVE DISCRIMINAÇÃO PESSOAL – REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES, IMPRODECÊNCIA DO PEDIDO INICIAL E ACOLHIMENTO DO PEDIDO CONTRAPOSTO PARA DECLARAR QUE A DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA SE DEU POR MOTIVO JUSTO.

Conforme precedentes desta Corte, a Resolução 22.610/07 não é inconstitucional e este Tribunal é o competente para processar e julgar a questão posta em juízo.

A falta de capacidade postulatória é vício sanável, corrigível com a juntada de procuração e ratificação dos atos praticados.

A extinção de diretório municipal, sem motivo plausível e por ato de retaliação, com nomeação de comissão provisória constituída por adversários políticos dos antigos dirigentes, caracteriza grave discriminação pessoal e justifica a desfiliação. (REQUERIMENTO nº 620, Acórdão nº 32.979 de 06/05/2008, Relator(a) GILBERTO FERREIRA, Publicação: DJ – Diário de justiça, Data 14/05/2008, TRE/PR)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ELEIÇÕES 2006. VERTICALIZAÇÃO. EXCLUSÃO. PARTIDO POLÍTICO. REGISTRO. CANDIDATURA. DEFERIMENTO CONDICIONAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CÁLCULO. QUOCIENTE PARTIDÁRIO. MANDATO ELETIVO. PERDA. AGRAVO REGIMENTAL. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. 1. É defeso às partes inovarem quanto ao pedido ou adequar os argumentos aos seus interesses em sede recursal, sob pena de afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ademais, não cabe à este Regional decidir sobre o cumprimento das condições impostas pela Corte Superior Eleitoral em relação ao registro de candidatura. Cumpria ao recorrente ter buscado as medidas pertinentes junto à instância superior.

2. Não configura julgamento *extra petita* o acolhimento do pedido de exclusão do partido político em razão da formação de coligação em afronta à regra da verticalização; havendo pedido contraposto pela defesa nesse sentido.

3. O refazimento do cálculo do quociente partidário, em processo que se discute a regularidade da verticalização não implica em litisconsorte necessário com o parlamentar que perdeu a vaga, pois o mandato pertence ao partido. Ausentes as hipóteses do artigo 47 do Código de Processo Civil. (EMBARGOS DE DECLARACAO EM REPRESENTACAO nº 2859, Acórdão nº 282/2009 de 10/12/2009, Relator(a) PAULO ROGÉRIO JOSÉ, Publicação: DJE/TRE-RO – Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Tomo 055, Data 21/12/2009, Página 13/14, TRE/SP)

ELEITORAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. MANDATO DE DEPUTADO ESTADUAL. PRETENSÃO DE DESFILIAÇÃO. GRAVE DISCRIMINAÇÃO PESSOAL. CONSUMAÇÃO. JUSTA CAUSA. OCORRÊNCIA.

1. A existência de provas quanto à grave discriminação pessoal possibilita a caracterização da justa causa de desfiliação.

2. Pedido de declaração de justa causa procedente.

Decisão:

Acordam os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de cerceamento de defesa, inadequação da via eleita e julgamento fora dos limites da lide, e, no mérito, julgar procedente o pedido de declaração de justa causa para fins de desfiliação, e improcedente o pedido contraposto, nos termos do voto do relator. (Acórdão n.º 6.598, de 21.06.10)

(CONSULTA nº 79, Acórdão nº 6598 de 21/06/2010, Relator(a) ANDRÉ LUÍS MAIA TOBIAS GRANJA, Publicação: DEJEAL – Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral de Alagoas, Tomo 114, Data 30/06/2010, Página 02, TRE/AL)

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA – JUSTA CAUSA PARA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA – PEDIDO CONTRAPOSTO DE DECRETAÇÃO DE PERDA DE CARGO ELETIVO – GRAVE DISCRIMINAÇÃO PESSOAL CARACTERIZADA – AÇÃO DECLARATÓRIA PROCEDENTE – PEDIDO CONTRAPOSTO IMPROCEDENTE. A grave discriminação pessoal caracteriza a justa causa para a desfiliação partidária nos termos do art. 1º, § 1º, inciso VI, da Resolução TSE 22.610/07. (PROCESSO nº 76013, Acórdão nº 42520 de 11/06/2012, Relator(a) ROGÉRIO COELHO, Publicação: DJ – Diário de justiça, Data 14/06/2012, TRE/PR)

## CONCLUSÃO

Por isso, em respeito ao princípio da isonomia e à uniformização da jurisprudência, há que se estabelecer um conceito unívoco em relação ao que é computação

gráfica, proibida de se utilizar na propaganda eleitoral na televisão e no rádio. Da mesma forma, como meio de evitar decisões conflitantes, bem como em busca da celeridade, deve-se admitir a reconvenção quando houver uma ação conexa, por ter mesmas partes e pedido, inclusive, baseando-se em fatos análogos, precipuamente quando tais fatos ocorrem na propaganda.

Inclusive, o novo CPC, seguindo essa lógica, dispôs no § 4º, do art. 927, que:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Cumpre-nos destacar, por fim, que essas preocupações já foram enfrentadas pelo Código Eleitoral Brasileiro muito antes do Novo Código de Processo Civil. Basta ver, por todos, o disposto no art. 263 do Código Eleitoral da lei nº 4.737/1965:

Art. 263. No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal.

Ante ao exposto, se o Código Eleitoral e o novo CPC impuseram aos juízes, como vimos, o dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, notadamente quando tratam de casos símiles, a Justiça não pode deixar de responder corretamente à função que lhe foi confiada pela nação, como guardiã maior da democracia eleitoral. ■

## NOTAS

- 1 ROLLO, Alberto (Org.). *Princípios de Direito Eleitoral: Pars Conditio e segurança jurídica. Propaganda eleitoral: teoria e prática*. 2. Ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 39.
- 2 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 44/45.
- 3 NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2000, p. 197.
- 4 Segundo STRECK: "A regra não está despojada do princípio. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. O princípio só se realiza a partir de uma regra. Não há princípio sem alguma regra. Por detrás de uma regra necessariamente haverá algum princípio." STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 574.
- 5 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 36.
- 6 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t III, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 414/415.

ARQUIVO PESSOAL



**ALLAN TITONELLI NUNES** é Procurador da Fazenda Nacional, Especialista em Administração Pública pela FGV, Especialista em Direito Tributário, Ex-Presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP).

ARQUIVO PESSOAL



**MÁRCIO VIEIRA SANTOS** é Advogado Eleitoralista, Doutor em Direito e em Ciência Política e Relações Institucionais. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP). Membro das Comissões de Direito Constitucional e Eleitoral do IAB.



# A venda da Embraer e a ameaça à soberania nacional

■ POR RENATA BELZUNCES

**N**ão é exagero afirmar que a compra de parte da Embraer pela americana Boeing ameaça a soberania nacional e deve resultar no fim da história da fabricação de aeronaves no país. O acerto comercial, que envolve bilhões e deixa a produção de aviões comerciais nas mãos de uma nova empresa a ser criada, torna difícil a sobrevivência do que restaria da Embraer. É real o risco de uma empresa tão estratégica para o país se transformar, em alguns anos, em uma mera fornecedora de peças para os Estados Unidos.

O último capítulo da venda aconteceu recentemente com a assinatura do acordo, após cair a liminar da Justiça de São Paulo que paralisava as negociações e após o governo Bolsonaro ter permitido o seu avanço. O Estado brasileiro é dono de



**“A Embraer corre o risco de ser enfraquecida caso o seu setor mais importante seja vendido para uma empresa estrangeira. Saber e zelar pelo futuro da Embraer é de interesse fundamental para quem se importa com a soberania nacional e o futuro do nosso país.”**

uma ação do tipo “goldenshare” na Embraer e tem o poder de veto em relação a decisões estratégicas. Agora uma assembleia entre os acionistas da empresa, para aprovar o negócio, está marcada para o dia 26 de fevereiro.

A venda da empresa envolve parte fundamental de nada menos que a terceira maior fabricante de aeronaves comerciais do mundo. A Embraer foi fundada pela Força Aérea Brasileira em 1969 e emprega hoje cerca de 16 mil trabalhadores, a maior parte na produção de aeronaves comerciais de pequeno porte no mundo. Esse setor da produção, caso venha a se confirmar o acordo com a Boeing, passaria quase em sua totalidade para uma nova empresa onde o governo brasileiro teria apenas 20% de participação e nenhum poder de controle, frente aos 80% que pertenceriam à empresa americana.

Apesar de não passar hoje por dificuldades, pelo contrário, visto o seu destaque no mercado global, a empresa trata a realização do acordo como algo “preventivo” para caso venha a perder espaço futuramente.

A Embraer, que seguiria após o acordo apenas com os segmentos de aviação executiva e militar, teria dificuldade de se manter em pé. Esta é a perspectiva por conta da venda do setor de aviação comercial, que sustenta o setor executivo e teria que trabalhar em sinergia com o setor militar.

O setor militar, especificamente, tem o governo como o seu principal demandante. Tanto o governo Temer, como o governo Bolsonaro, posicionam-se no sentido de fazer cortes em seu orçamento e forte ajuste nas contas públicas. É baixa a probabilidade de que sejam feitos gastos acentuados para sustentar esse setor da empresa por parte do governo. Nenhum dos dois setores pode conseguir sobreviver sem o segmento de aviação comercial.

Mas o que significa para o Brasil deixar de ter uma empresa forte como a Embraer?

A Embraer é de uma empresa com inteligência militar e relação direta com a defesa e soberania do país. Em meio a um mundo onde países buscam se desenvolver ao proteger os seus grilhões tecnológicos e utilizá-los para fins próprios, ela é a principal empresa exportadora de alta intensidade tecnológica do Brasil e gera desenvolvimento junto a diversos institutos como o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) e o Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial (DCTA), para mencionarmos apenas os que estão colados na sede da Embraer em São José dos Campos.

Abrir mão desse desenvolvimento tecnológico significa deixar de lado parcela da soberania do Brasil. Não há hoje destino econômico de um país que não esteja atrelado ao seu posicionamento em relação à inovação.

Trata-se de um negócio ruim para o país e que faz com que surjam especulações sobre quais seriam as motivações e interesses econômicos e políticos envolvidos por parte da empresa e do governo. Mesmo as Forças Armadas, que deveriam se preocupar especificamente com o setor militar da Embraer, não têm se oposto ao negócio.

O setor militar da Embraer possui atualmente produtos como o A-29 Super Tucano, utilizado pelos EUA em seus treinamentos, e o KC-390. Após isso, não haverá novos produtos a serem oferecidos e sabemos que o ideal é que o desenvolvimento de um novo produto seja iniciado logo após a comercialização de outro, devido à demora de todo o processo de desenvolvimento. Sem produtos, seria o fim de um setor tão importante para a defesa do país, na qual são utilizadas, por exemplo, aeronaves nas fronteiras para realizar a vigilância com inteligência.

Vale ainda mencionar a situação dos cerca de 16 mil trabalhadores da Embraer quando analisamos as consequências do negócio realizado. Há entre alguns deles a expectativa de transferência para os EUA. Contudo, o principal interesse da americana Boeing consiste no setor de engenharia, no qual há 4,5 mil trabalhadores, que certamente não poderão ser absorvidos em sua totalidade. Discutir o destino dos funcionários da Embraer é preocupante quando falamos de uma empresa com histórico de demissões em massa, como ocorrido em 2009.

Em meio ao prosseguimento do acordo de venda do setor comercial, fala-se agora em uma “velha Embraer”, em relação à empresa que seguiria com os segmentos executivo e militar, e em uma “nova Embraer”, para denominar a nova empresa com maior participação da Boeing e que ficaria com o setor de aviação comercial.

Contudo, apesar dos signos empregados sutilmente nos discursos em favor da venda, não existiria uma “nova Embraer” com o negócio, e, sim, uma empresa alienada e adquirida pela Boeing, de um lado, e o que sobraria do que um dia foi a Embraer, do outro. A Embraer corre o risco de ser enfraquecida caso o seu setor mais importante seja vendido para uma empresa estrangeira.

Saber zelar pelo futuro da Embraer é de interesse fundamental para quem se importa com a soberania nacional e o futuro do nosso país. **■**



**RENATA BELZUNCES** é economista técnica do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE).



# Da Inconstitucionalidade do Decreto nº 9.685/2019 (Armas de Fogo)

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

**“Questão curiosa que se põe aqui no Decreto nº 9.685/2019 é que tal espécie normativa regulamentar não pode ser alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, de acordo com a jurisprudência do Supremo. Mas quando possui natureza de norma primária, extrapolando – sobrepondo-se – aos limites da lei ordinária? Seria o caso de provocar o Superior Tribunal de Justiça em sede de Incidente de Recurso Repetitivo?”**

**É** lição mezinha em Direito a de que compete privativamente à União legislar sobre matéria civil, comercial, penal e material bélico, abrangendo aí questão acerca do registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição no País.

Noutras palavras, de acordo com a Constituição Federal (art. 22, I e XXI) a espécie normativa apta a regulamentar os casos de registro, posse e comercialização de armas de fogo no Brasil é a lei em sentido estrito, aprovada pelo Congresso Nacional e posteriormente sancionada pelo Presidente da República.

Não poderá a questão do registro e posse de armas de fogo ser objeto de Medida Provisória por força da vedação expressa constante no art. 62, § 1º, I, “b”, da Constituição, por constituir concomitantemente matéria penal referente aos casos de exclusão de ilicitude ou atipicidade de conduta.

A par deste entendimento sedimentado no texto da Constituição, sabe-se que Decretos do Poder Executivo nada mais são do que regras jurídicas gerais editadas em função de uma lei, possibilitando a sua fiel execução. Nosso sistema constitucional vigente não confere, assim, ao Poder Executivo a prerrogativa de editar Decretos como atos primários, diretamente derivados da Constituição.

Pois bem. A Lei Federal nº 10.826/2003, em seu art. 4º, *caput*, confere à Autoridade Pública competente o poder de avaliar o critério da “efetiva necessidade” para aquisição de arma de fogo pelo cidadão – critério subjetivo –, atendendo-se ainda a critérios objetivos estabelecidos neste Diploma legal. Aqui não se confunda critério subjetivo com discricionariedade da Administração Pública. No primeiro caso, restará sempre ao cidadão o enfrentamento judicial dos termos da recusa administrativa.

O art. 4º da Lei Federal nº 10.826/2003 não prevê hipótese de regulamentação da matéria pelo Poder Executivo – e nem poderia em razão da competência legislativa privativa da União – de modo a condicionar ou vincular a Autoridade Pública no que diz respeito à verificação do critério subjetivo da “efetiva necessidade” para aquisição de arma de fogo.

Por exemplo, permite o art. 4º da Lei Federal nº 10.826/2003 que sob um critério subjetivo a Autoridade Pública recuse a aquisição de arma de fogo a determinado cidadão, que a pretexto de “defender o lar”, tenha contra si meia dúzia de medidas protetivas por violência doméstica, todas arquivadas a pedido da esposa. Igualmente, a Autoridade Pública pode recusar o registro de arma de fogo a determinado genitor demandado em ação cível de destituição do poder familiar sob alegação de violência sexual contra filha-menor, quando não suspenso o direito de visitação, independentemente da instauração de ação penal. Em ambos os casos ressaltando-se ao cidadão o direito de acesso ao Poder Judiciário para questionar a recusa administrativa.

Bem ou mal, assim dispõe o art. 4º da Lei Federal nº 10.826/2003. O Congresso Nacional, através de suas duas Casas Legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, elegeram o critério subjetivo da “efetiva necessidade”, como requisito para aquisição de arma de fogo pelo cidadão. Poderia o legislador federal optar tão-somente por um rol objetivo. Mas não o fez. Agora, um Decreto do Senhor Presidente da República não pode modificar – ou remediar, como queriam – a lei vigente.

Destarte, o Decreto nº 9.685/2019 (Art. 1º) quando retira da Autoridade Pública competente a avaliação do critério subjetivo da “efetiva necessidade”, como requisito para aquisição de arma de fogo pelo cidadão, elegendo por ato isolado do Presidente da República, unicamente, requisitos objetivos a vincular obrigatoriamente o Agente Público, padece do vício de inconstitucionalidade formal, por invadir matéria legislativa de competência privativa da União Federal (Art. 22, I e XXI), via lei ordinária.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já decidiu a respeito da competência legislativa privativa da União Federal (Art. 22, I e XXI) para legislar sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo (reserva de lei). Vejamos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 6.968/1996, ALTERADA PELA LEI Nº 7.111/1997, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. AUTORIZAÇÃO DE PORTE DE ARMA PARA AUDITORES FISCAIS DO TESOUREO ESTADUAL. PRELIMINARES REJEITADAS. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Cabe à União, nos termos do art. 21, VI; e 22, I, da Constituição, a definição dos requisitos para a concessão do porte de arma de fogo e dos possíveis titulares de tal direito, inclusive no que se refere a servidores públicos estaduais ou municipais, em prol da uniformidade da regulamentação do tema no país, questão afeta a políticas de segurança pública de âmbito nacional (Precedentes: ADI 2.729, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 11/2/2014; ADI 2.035-MC/RJ, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTI, Tribunal Pleno, DJ de 4/8/2000; ADI 3.112, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJ de 26/10/2007; AI 189.433-AGR/RJ, Segunda Turma, DJ de 21/11/1997; HC 113.592, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 2ª Turma, DJ de 3/2/2014). 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 4962, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2018 PUBLIC 25-04-2018)”

“COMPETÊNCIA NORMATIVA – ESTADO-MEMBRO – REMISSÃO A LEI FEDERAL. A técnica da remissão a lei federal, tomando-se de empréstimo preceitos nela contidos, pressupõe a possibilidade de o estado legislar, de modo originário, sobre a matéria. COMPETÊNCIA NORMATIVA – ARMAS DE FOGO – APREENSÃO E DESTINAÇÃO. Cumpre à União disciplinar, de forma exclusiva, a destinação de armas de fogo apreendidas. Considerações e precedentes. (ADI 3193, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2013 PUBLIC 06-08-2013)”

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL E MATERIAL BÉLICO. LEI 1.317/2004 DO ESTADO DE RONDÔNIA. Lei estadual que autoriza a utilização, pelas polícias civil e militar, de armas de fogo apreendidas. A competência exclusiva da União para legislar sobre material bélico, complementada pela competência para autorizar e fiscalizar a produção de material bélico, abrange a disciplina sobre a destinação de armas apreendidas e em situação irregular. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3258, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 09-09-2005 PP-00033 EMENT VOL-02204-1 PP-00132 RTJ VOL-00195-03 PP-00915 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 69-74 RB v. 18, n. 506, 2006, p. 49)”

Entretanto, adotando-se uma técnica de preservação das normas jurídicas – pouco utilizada nos casos de Decretos do Executivo – poder-se-ia interpretar o texto do Decreto nº 9.685/2019 (art. 1º) de modo a não excluir totalmente da Autoridade Pública competente, em cada caso, a avaliação do critério subjetivo da “efetiva necessidade”, como requisito para aquisição de arma de fogo pelo cidadão.

Questão curiosa que se põe aqui no Decreto nº 9.685/2019 é que tal espécie normativa regulamentar não pode ser alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, de acordo com a jurisprudência do Supremo. Mas quando possui natureza de norma primária, extrapolando – sobrepondo-se – aos limites da lei ordinária? Seria o caso de provocar o Superior Tribunal de Justiça em sede de Incidente de Recurso Repetitivo?

Vamos aguardar os novos capítulos dessa discussão. 



**CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL** é Defensor Público no Estado do Espírito Santo.

# ADPF 442 STF: Quando o ativismo judicial chega ao cume da perversão militante



■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

**“Deverá o Legislativo demonstrar ao Judiciário que houve abuso ativista e, se a reiteração da legislação ordinária não for o suficiente para provocar uma autocrítica do Judiciário, então uma emenda constitucional deverá ser elaborada, não deixando margem para qualquer dúvida ou desconstrução por meio de expedientes exóticos e impertinentes.”**

A situação a ser analisada é de uma obviedade tão gritante que não se justificaria seu estudo se vivêssemos num ambiente minimamente razoável e saudável em termos políticos, sociais, jurídicos e intelectuais. Fato é que um partido de representação irrisória no parlamento brasileiro e perante a população (Psol),<sup>1</sup> percebendo claramente que seu pleito para legalização do aborto no Brasil não teria acatamento perante os representantes legais da população brasileira que, diga-se de passagem, em mais de 80% é contrária a esse tipo de projeto (seja entre homens ou mulheres),<sup>2</sup> ingressou com uma ADPF a fim de driblar a tripartição dos poderes e o processo legislativo. O ataque ao Estado Democrático de Direito é frontal nessa manobra, não somente sob um aspecto procedimental, mas se tratando de uma afronta deliberada até mesmo ao aspecto mais mezinho do que se possa entender por representatividade da vontade popular, ou seja, seu aspecto matemático, aritmético. É bem sabido que esta não é a única face da Democracia, o que a tornaria uma tirania da maioria, mas é, por assim dizer, uma de suas premissas mais básicas.

Malgrado isso, é fato que a ADPF 442 foi proposta e, pior, aceita pelo STF, órgão supostamente incumbido da preservação dos valores constitucionais, da democracia, do Estado de Direito e da própria tripartição dos poderes. Diz-se “pior” porque a pretensão de um grupo de usar de subterfúgios para impor sua vontade, contornando a sistemática legal, é até compreensível, embora não aceitável. Mas, é o cúmulo do absurdo que a Corte Suprema dê guarida a um pleito cuja ilegitimidade e até mesmo insídia são patentes.

Mais ainda, no decorrer da preparação para o julgamento, foram instaladas audiências públicas com grande prevalência de entidades pró – legalização em detrimento dos defensores da manutenção da lei. Novamente a militância de grupos isolados se sobrepõe, por sua capacidade de organização e agitação, à real mentalidade e espírito da população brasileira, que acaba, se não calada, ao menos limitada em sua representação no processo. Noelle – Neumann já demonstrou em sua teoria da “espiral do silêncio” como a maioria pode ser sobrepujada por uma minoria disposta a “proclamar sua posição”, causando mais impacto e influência na opinião das pessoas<sup>3</sup> porque “parece haver grupos que sabem apropriar-se melhor da atenção pública e outros que se deixam silenciar”.<sup>4</sup>

Eis o alerta de Fernandes a este respeito:

“Há que ter cuidado, ademais, com o real grau de assentimento popular, porquanto há determinados grupos minoritários cujo nível de organização e cujo poder de pressão e de influência são tão elevados que se impõem e se fazem atender dando a impressão de que são grupos majoritários.

Assim, embora uma adesão popular maciça a determinado argumento não seja garantia de sua racionalidade, justiça ou veracidade, ela impõe, porém, ao julgador (a) um dever de detida consideração e (b) um ônus argumentativo reforçado para evidenciar sua sem razão”.<sup>5</sup>

E quando se pensa que a situação atingiu seu paroxismo, eis que surge algo ainda mais grave. O STF admitiu como “Amicus Curiae” na ADPF 442 entidades que promovem a prática do aborto, fornecem medicamentos abortivos e fazem propaganda de meios abortivos dentro do Brasil, inobstante tudo isso seja crime

e contravenção, ao menos de acordo com a legislação ainda vigente e cuja suposta ilegitimidade constitucional não foi reconhecida. Ora, a expressão “Amicus Curiae” pode ser traduzida do latim como “Amigo da Corte”. Como é possível, legal e moralmente, que uma Corte Suprema de um país, admita como seus “amigos” entidades e pessoas que são praticantes de condutas previstas na legislação desse mesmo país como crimes e contravenções?

Independente da discussão sobre descriminalização ou não. Um ponto é certo: discutir e apresentar argumentos sobre a descriminalização de qualquer conduta, é algo livre no Estado Democrático de Direito, não constituindo “apologia ao crime e ao criminoso” (artigo 287, CP). Dito isto, o que é inadmissível é que entidades ou pessoas que confessam práticas criminosas ou contravencionais sejam admitidas pelo Supremo Tribunal de um país como “Amicus Curiae”! O simples anúncio de meio abortivo é (ainda) contravenção penal no Brasil (artigo 20, LCP), auxiliar, instigar ou induzir à prática do aborto pode configurar “participação” (artigo 29 c/c artigo 30, CP), no crime de aborto previsto no artigo 124, CP (no qual, por ser crime próprio, não se admite coautoria, mas sim participação). Por fim, realizar o aborto provocado em qualquer pessoa com (artigo 126, CP) ou sem (artigo 125, CP) o seu consentimento é crime! Como é possível que organizações que realizam abortos, que fornecem orientação para a prática de aborto, que anunciam, divulgam meios abortivos, não apenas defendem teses, possam ser admitidas como “Amicus Curie” num tribunal superior de um país? E não importa se o fazem dentro do país ou fora. Por ora ao menos se tratam de práticas criminosas e contravencionais em solo brasileiro. Não estamos num país minimamente sério! Seria o mesmo que admitir o PCC, as FARCS, o Marcola ou o Fernandinho Beira Mar como “Amicus Curiae” numa audiência pública sobre a liberação das drogas!

Só um exemplo, o IWHC, que tem até uma cartilha divulgada mundialmente: “Aborto com auto-administração de misoprostol: um guia para as mulheres”. Isso é, no mínimo, contravenção penal no Brasil. Tem site em português: <https://iwhc.org/tag/em-portugues/>. Só mais um: Womanonwaves. É expositora e é a ONG do navio que faz abortos, mundialmente conhecido.

Rebecca Gumperts é fundadora da Womenonwaves e da Womenon web (a do site de venda de medicamentos ilegais). A ONG envia medicamentos ilegais (abortivos) para dentro do Brasil, participando da prática de abortos aqui, onde a conduta é crime, inclusive ensinando a administração e técnicas via web para as pessoas, sob o pretexto de que seria uma forma de realizar um “aborto seguro”. Ora, não existe aborto ou qualquer intervenção médica interna, segura, mesmo num hospital. Sempre é uma conduta de risco, um risco permitido e necessário se é um ato terapêutico, mas sempre arriscado. Será que alguém gostaria de um programa governamental para corte de custos que adotasse consultas e procedimentos via web, não presenciais? Um médico virtual? Só um louco gostaria e aprovaria uma absurdidade dessas. O contato médico é pessoal. A chamada “telemedicina”, é admitida com grandes reservas pelo artigo 37 do Código de Ética Médica e depende de cuidadosa regulamentação.

A ONG Conectas apresentou a nota técnica da Womenon web, que fornece pílula abortiva no Brasil. A Nota Técnica confirma o delito. Há, portanto, ligação/ relação entre Conectas e Womenon web. Ao mesmo tempo Rebecca Gumperts é fundadora da Womenon Web, que vende medicamentos.

Para se ter noção como a falta de sensibilidade jurídica do STF se espalha facilmente, na época este autor chegou a ser indagado sobre a admissibilidade desse procedimento (admitir infratores como “Amicus Curiae”) porque o aborto não seria equiparável com o tráfico, como no meu simples exemplo e também porque a questão trata de direitos individuais.

Ora, expressão e discussão não estão em pauta. Como se disse é totalmente viável para entidades e pessoas que não pratiquem crimes, mas tão somente defendam ideias, por mais absurdas que sejam. Quanto à equiparação, crime é crime, contravenção é contravenção, nenhum criminoso ou contraventor pode, num país minimamente sério, ser admitido a discutir a questão da descriminalização da conduta que pratica. Além do mais, este autor não equipararia jamais o tráfico ao aborto, seria um absurdo jurídico diante do nosso atual ordenamento, uma ignorância já superada por este subscritor desde os primeiros contatos com a área penal. Na hierarquia de bens jurídicos, o aborto é crime contra a vida e o tráfico protege bem difuso da saúde pública. Ou seja, no nosso ordenamento o aborto é incomparavelmente mais grave que o tráfico, e não o contrário, como equivocadamente, erro primário, se insinua num questionamento dessa espécie. Por fim, se a discussão versa ou não sobre direitos individuais não há relevância ou talvez intensifique o fato de que infratores da lei brasileira não podem ser admitidos como “Amicus”. É um visível absurdo. E se pode dizer mais, afeta a própria imparcialidade da corte para a decisão. Afinal, o que se discute é se condutas que tais devem ser descriminalizadas, até o momento são crimes e contravenções. Portanto, admitir à discussão quem já as perpetra é confessar que tudo é um jogo sórdido de cartas marcadas, não existindo imparcialidade alguma, pois já se parte do pressuposto de admissão desse procedimento, mesmo diante da ordem atualmente posta. Note-se que a própria discussão sobre direitos individuais tem dois lados, as alegações sobre os direitos das mulheres e os da vida do ser humano em gestação. Inclusive trata da questão, dando proteção ao ser em gestação um documento internacional dos mais importantes sobre Direitos Humanos, nada mais, nada menos, do que o Pacto de São José da Costa Rica (afirma que protege a vida desde a sua concepção). Observe-se ainda que se versa sobre o ordenamento como ele é atualmente, se houver descriminalização por que via for, então o fato será considerado atípico e aí não caberão essas considerações jurídicas (a não ser que se entre no mérito da questão materialmente falando e tratando da (i) legitimidade do judiciário para supostamente legislar, mas neste ponto não se trata disso). Porém, a questão ocorre agora e no presente, e então, de acordo com as circunstâncias presentes, deve ser julgada, sob pena até de pré-julgamento parcial, como já foi dito. A questão proposta é estritamente jurídica, sem discussão do mérito sobre a futura decisão. Enfim, o problema não é a discussão livre e sim a contradição de admitir infratores diretos da lei como “Amicus Curiae”, isso é uma imoralidade absurda e uma decisão jurídica absolutamente equivocada, viciada por parcialidade patente e falta de um mais mínimo bom senso.

Quase olvidava, porque se entende que a questão não seria cabível, mas, a bem de esclarecimento, adianta-se que não prospera acenar com o suposto argumento de que o tráfico é crime hediondo, enquanto que o aborto não o é. Em primeiro lugar, uma questão terminológica: para a maioria dos autores o tráfico não é um

crime hediondo, mas somente equiparado. No entanto, essa questão é também de somenos importância. Ocorre que a classificação de um delito como hediondo não nos diz muito materialmente, mas apenas formalmente quanto à sua gravidade. A Lei dos Crimes Hediondos é uma das mais hediondas leis brasileiras. Por exemplo, na sua origem, não previa o homicídio, mesmo qualificado, como crime hediondo (1990). Somente a partir de 1994 o homicídio qualificado e somente ele, além dos casos de grupo de extermínio (o simples, por exemplo, não) foi considerado hediondo. Ora, matar um ser humano não era originalmente crime hediondo, isso faria dos demais crimes hediondos mais graves que o homicídio? É claro que não! Ainda hoje, matar alguém de forma simples (sem qualificadora ou sem o aumento de pena do grupo de extermínio) não é crime hediondo. Isso faz da alteração de produtos cosméticos algo mais grave que o homicídio, ainda que simples, só porque a adulteração mencionada é crime hediondo? Será que qualquer crime contra a vida, pelo só fato de não ser catalogado como hediondo, é menos grave, atinge bem jurídico de menor relevância do que crimes hediondos ou equiparados? Outro exemplo é o induzimento, indução ou auxílio ao suicídio, crime contra a vida, que não é hediondo. Por isso é menos grave? Obviamente que não. E os exemplos são abundantes, um roubo com lesão gravíssima (tetraplegia) na vítima não é hediondo porque só o latrocínio é hediondo. Por causa disso o roubo qualificado nesses termos é menos grave do que, por exemplo, um estupro de vulnerável sem violência e com vítima já de idade mais avançada, embora menor de 14 anos? É claro que não! Só para finalizar: o envenenamento de água potável era crime hediondo na origem da Lei nº 8.072 em 1990. Em 1994 foi retirado do rol. Por isso, será que tal crime, que beira o terrorismo, é um crime menos grave materialmente falando? Obviamente não! Há casos como o Infanticídio ou o homicídio privilegiado ou culposos que não são hediondos e não ostentam a gravidade que os poderia alçar à hediondez, embora não deixem de ser graves e envolver o bem jurídico, vida humana. Mas, nesses casos há ausência de dolo (crime culposos) ou amenização da conduta específica por circunstâncias especiais (privilégio e estado puerperal da mulher). Ou seja, a previsão no rol dos crimes hediondos diz quanto à gravidade da infração no campo formal. No campo material, há que verificar a natureza ontológica da conduta e o bem jurídico atingido ou posto em perigo.

Finalmente também há que lembrar que a alegação de que a questão do aborto no STF versa sobre direitos fundamentais como suposto argumento para invalidar a comparação com a questão do tráfico de drogas, também é equivocada pelo seguinte motivo: para quem sabe sobre o que versa a discussão da liberação das drogas é notório que ali também se trata sobre direitos fundamentais individuais. Inclusive há semelhança com o caso do aborto. No aborto se fala, sob o ângulo liberatório, do direito da mulher de “retirar” do seu corpo “algo” que não lhe interessa, inclusive causando lesões a si mesma (lembramos que o aborto é uma lesão corporal na mulher, e gravíssima). No caso das drogas, sob o prisma do porte para consumo próprio, trata-se do direito de “introduzir” no próprio corpo (homem ou mulher) substâncias lesivas, exatamente porque se trata de uma autolesão, que não violaria, segundo seus defensores, o chamado Princípio da Transcendência, ou seja, não se atingiria bens jurídicos de terceiros, mas do próprio usuário, o que não legitimaria a previsão da conduta como criminosa. Ora, essa discussão é nitidamente

referente aos direitos fundamentais individuais dos usuários de drogas proscritas. E quanto ao tráfico? Pois então, o fornecimento de drogas a tais pessoas seria, no mínimo, amenizado em sua gravidade. Como se poderia pensar em permitir a posse de drogas para consumo próprio sem que houvesse o fornecimento por alguém? O ilícito, se permanecesse, certamente tornar-se-ia bem menos grave materialmente falando, ou até poderia tornar-se mero ilícito administrativo, caso o fornecedor não obedecesse às regras para o fornecimento. Na opinião deste autor, liberado o consumo de drogas hoje proscritas, a criminalização do tráfico e sua previsão como equiparado a crime hediondo, seria similar a criminalizar e equiparar a hedionda a conduta de quem vende cigarro sem um alvará municipal ou bebidas alcoólicas sem obedecer às normativas administrativas pertinentes. Eventual discussão sobre a descriminalização do próprio tráfico (hoje tráfico porque é clandestino), transmudando-o em atividade comercial e industrial natural (como as indústrias de bebidas alcoólicas e tabaco, por exemplo), seria também uma discussão sobre direitos individuais dos usuários (o direito de liberdade de acesso aos produtos pretendidos, que estaria afeto à sua dignidade humana e liberdade individual, pois permitir o uso, mas proibir o acesso é inócuo), assim como o direito fundamental ao livre exercício do trabalho e à livre iniciativa por parte de quem pretenda fazer o comércio de drogas hoje ilícitas. Ou seja, a discussão sobre as drogas versa também sobre vários direitos fundamentais, aqui apenas exemplificados rapidamente. Não se entra também aqui no mérito de nada disso (se devem ou não ser liberadas as drogas e/ou sua comercialização, apenas expõe-se do que trata a discussão). Mas será que por isso, seria admissível o PCC, as FARCS, Beiramar ou Marcola como “Amicus Curiae”? Não seria isso igualmente absurdo, imoral e insensato, para além de juridicamente inadmissível?

De acordo com o exposto resta nítido que a postura do STF não se perfaz como preconiza a corrente do neoconstitucionalismo, simplesmente por uma atuação de maior amplitude do judiciário no exercício legítimo de sua função para além das amarras de uma interpretação meramente gramatical ou exegética da legislação. A postura é de um ativismo militante de natureza política que escancara uma parcialidade inadmissível em um órgão jurisdicional. Nem mesmo há uma preocupação com as aparências. Parece que a única manobra realizada para dar ares de imparcialidade ao julgamento foi a instalação das audiências públicas. Mas, ao que se apresenta, não passa de uma cortina de fumaça por detrás da qual se oculta uma nítida militância absolutamente incompatível com o exercício da jurisdição.

## **O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES**

A questão do ativismo judicial por meio das chamadas “decisões manipulativas” não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Trata-se de algo que ocorre em praticamente todo o mundo desde o surgimento do neoconstitucionalismo. O termo foi proposto pela “Escola de Gênova” e utilizado pela primeira vez por Susana Pozzolo no “XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social” no ano de 1997, na cidade de Buenos Aires.<sup>6</sup> Essa corrente da filosofia do Direito se contrapõe ao Positivismo de origem kelseniana, promovendo maior protagonismo ao órgão jurisdicional na aplicação da lei e mesmo da Constituição às situações concretas que lhe sejam apresentadas.

A princípio essa visão neoconstitucional não é criticável. Efetivamente alguém que profere decisões em casos concretos, aplicando normas abstratas, ordinárias ou mesmo constitucionais, deve ter um espaço de mobilidade argumentativa para não se tornar um mecânico produtor de silogismos, mas sim um ator capaz de promover a Justiça na atuação do Direito. Não obstante, sempre que uma virtude é levada aos extremos, acaba se transformando em vício.

No Prefácio à obra de André Dias Fernandes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe muito bem o problema:

“As decisões manipulativas que hoje se multiplicam no Supremo Tribunal Federal têm uma importância ímpar para o desenvolvimento não meramente para a ciência ou teoria do direito constitucional, mas para a existência do Estado constitucional, ou mais diretamente, para a sobrevivência da Constituição como lei suprema. Como base de uma organização política que proscreve o arbítrio e enseja a liberdade pessoal, com o rol de direitos fundamentais que a especifica, protege e complementa.

De fato, se ela tem essa função e a cumpre limitando ao legítimo o exercício do poder pelo Governo e pelo Legislador, ela o faz, na visão moderna e revelada pela experiência, pelo controle do Juiz. Do Juiz que aplica as regras constitucionais objetivamente, imparcialmente, como voz – não apenas boca – dessa Lei das leis. Quando, todavia, o Juiz manipula a interpretação da Constituição, ele se põe acima dessa Lei e isto pode degenerar no seu arbítrio, porque, como os romanos já ensinavam, *Quis custodiet custos?*

Este risco existe e se manifesta no frequentemente denunciado ativismo judicial.

Mostrar esse perigo não significa pretender restringir de modo absoluto o Juiz a um papel de máquina, cega e surda, de aplicação literal do direito positivo. Aponta sim, que o arbítrio, seja de onde vier, renega o constitucionalismo e com ele a liberdade e com esta a dignidade da pessoa humana”<sup>7</sup>

E logo na introdução do tema, Fernandes diagnostica a pervertida *normalização do excepcional* com referência às chamadas decisões manipulativas em nosso Supremo Tribunal Federal:

“O crescente emprego de decisões manipulativas pelo STF tende a transformá-las em decisões *típicas*. Essa profusão de decisões manipulativas oriundas do STF patenteia uma *tendência irreversível* da Corte de gradativo abandono do paradigma kelseniano do legislador meramente negativo e à assunção do papel de legislador positivo, eventualmente modificando informalmente a própria Constituição, passando, dessarte, de intérprete e guardião para ‘construtor’ da Constituição”<sup>8</sup>

O autor em destaque contextualiza essa tendência do STF num quadro internacional de expansão e de politização da “jurisdição constitucional”. E alerta para a necessidade de observação de “limites e parâmetros” a essa atividade a fim de evitar sua degeneração em “puro *decisionismo e arbítrio judicial*”, o que é extremamente “deletério à democracia, ao equilíbrio entre os Poderes e à governança”.<sup>9</sup>

No caso da atuação do STF com o evidente intuito de legalizar a prática do aborto no Brasil, desprezando as normas penais ordinárias vigentes, a clara vontade popular e a própria Constituição que defende a vida e a dignidade humanas, afora o Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece a proteção da vida intrauterina

desde a concepção, sem falar no Código Civil que ressalva os direitos do nascituro, vislumbra-se um abuso da liberdade e poder jurisdicional, ainda que no contexto de um hodierno neoconstitucionalismo. A alteração pretendida por via judicial não é de um ou alguns artigos de lei, mas de todo um sistema protetivo normativo e principiológico que advém da Constituição Federal, de Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, do ordenamento penal e do ordenamento civil, isso sem falar na legitimação desse sistema pela vontade evidenciada da esmagadora maioria da população brasileira, sendo-se de lembrar que, segundo a própria Constituição, no “Título I – Dos Princípios Fundamentais”, fica estabelecido no artigo 1º., Parágrafo Único:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Na verdade, como já afirmou Guilherme Fiuza em crítica acerba contra outra decisão do STF, mais uma vez estão fazendo “a Constituição rebolar até o chão” (sic), movidos por influências ideológicas.<sup>10</sup>

É preciso lembrar, conforme indica Sarmiento que

“No Brasil, a dignidade da pessoa humana figura como ‘fundamento da República’ no art. 1º, inciso III, da Constituição brasileira. O princípio já foi apontado pela nossa doutrina como o ‘valor supremo da democracia’, como a ‘norma das normas dos direitos fundamentais’, como o ‘princípio dos princípios constitucionais’, como o ‘coração do patrimônio jurídico – moral da pessoa humana’. O reconhecimento da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana é recorrente na jurisprudência brasileira, tendo o STF afirmado que se trata do ‘verdadeiro valor – fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país’. (...)”.

Essa importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global deve ser saudada como sinal de avanço civilizatório. Afinal, trata-se de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão. Portanto, é promissor que tal princípio tenha passado a desempenhar papel de destaque nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.”<sup>11</sup>

É bem verdade que o próprio autor sob comentário destaca a fluidez e dubiedade da expressão “dignidade da pessoa humana”, sendo possível seu aceno, na questão do aborto, seja para a defesa da vida intrauterina, seja como argumento em prol da mulher que pretende abortar. Na realidade essa espécie de argumentação dúbia tem sido comum no debate sobre o tema específico.<sup>12</sup>

Há que observar, contudo, que nos movemos atualmente no domínio quase hegemônico do neoconstitucionalismo, conforme já anteriormente exposto. Fato é que esse pensamento também indica que as Constituições nacionais não podem ser interpretadas e aplicadas de forma isolada, desconsiderando o contexto de acordos internacionais, os quais passam a também integrar o universo normativo dos Estados independentes com uma grande mudança do conceito de soberania.<sup>13</sup>

Como pontua Neves:

“A emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico, é um fato incontestável que vem

chamando a atenção e tornando-se cada vez mais objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientistas sociais em geral. O que intriga a ‘ciência’ jurídica tradicional é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja como ordens jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em xeque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico. É nesse contexto que surge a discussão sobre Constituições transversais além do Estado, no âmbito da qual não é suficiente a referência nem à noção de juridificação nem a um conceito histórico – universal de Constituição, pois está em jogo a controvérsia sobre o surgimento de instituições que configurem equivalentes funcionais à Constituição transversal do Estado constitucional”.<sup>14</sup>

Nesse passo o neoconstitucionalismo e o transconstitucionalismo, ao menos no que se refere à questão do aborto, apontam para a manutenção do sistema protetivo da vida intrauterina no Brasil, inclusive servindo de parâmetro para a devida compreensão do “Princípio da Dignidade Humana”. Acontece que, como já exposto neste texto, a defesa da vida e da dignidade humanas estampadas em nossa Constituição Federal (art. 1º, III c/c art. 5º, “caput”) devem, segundo esse referencial teórico, harmonizar-se com o ordenamento jurídico internacional a que o Brasil aderiu, mais especificamente ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), o qual é explícito na proteção à vida humana “desde o momento da concepção” (art. 4º, n. 1).

Esse é o arcabouço normativo que orienta o conceito de pessoa no Brasil, interna e externamente, esse é o nosso referencial jurídico que, obviamente, se assenta sobre referenciais teóricos, emocionais, filosóficos, antropológicos etc. Como explica Betioli:

“A pergunta sobre o começo da *pessoa* é filosófica, porque pessoa é um conceito e não uma estrutura biológica. Cabe, pois, à filosofia, ao direito, à teologia e à política responder essa questão”.<sup>15</sup>

Ademais, também advém do mesmo referencial teórico a constatação de que uma ordem jurídica, inclusive constitucional, somente se legitima internamente se calcada na vontade popular. Voltando a Neves:

“Não se legitima *internamente* no sistema político democrático a decisão que se funda na asserção ou no argumento de que o povo errou ou não está em condição de tomar decisões. Salvo se houver desrespeito às regras do jogo, o povo constitucional é o limite da democracia, embora esteja envolvido na circulação e contracirculação do poder. Se o povo como instância procedimental é questionado ou os correspondentes procedimentos deturpados, a democracia como racionalidade do sistema político é abolida ou, no mínimo, está em crise”.<sup>16</sup>

Não há, portanto, falar em procedimento democrático quando o STF admite sequer a discussão de uma ADPF apresentada por partido de representação pífia, em oposição à notória tendência da esmagadora maioria dos brasileiros e ainda para pretender tomar uma decisão manipulativa, atuando como legislador positivo,

construindo e não interpretando e aplicando as normas legais. Tudo isso em franca oposição a uma harmônica e correta interpretação sistemática das normas legais ordinárias, constitucionais e internacionais que regem a temática, sem falar na violação constitucional à tripartição dos poderes enquanto Princípio Fundamental (inteligência do art. 2º, CF).

Retomando a questão da dignidade humana e retornando ao escólio de Sarmiento, importa salientar que esse conceito, se deturpado e utilizado de forma parcial, torna-se “problemático sob a perspectiva democrática, pois permite que juízes não eleitos imponham seus valores e preferências aos jurisdicionados, passando muitas vezes por cima das deliberações adotadas pelos representantes do povo”.<sup>17</sup>

Parece que o STF não está muito preocupado com o respeito aos sentimentos e convicções morais, sociais e humanos de seus jurisdicionados, procurando, isto sim, impor a vontade de parte de seus integrantes, mesmo diante de uma visível inadequação à legislação interna e externa nesse processo. Bem mais visível é que os Ministros do STF procuram subordinar “a própria Constituição àquilo que eles acreditam ser justo e correto. A lei, para esse grupo, só é entendida como ferramenta ou como obstáculo, conforme ela esteja a seu favor ou contra ele”.<sup>18</sup> Mas, é preciso lembrar que o STF é apenas um “guarda da Constituição” e não o “seu dono”, conforme bem afirmou o Ministro Marco Aurélio em voto vencido no RE 778889.

E não se diga que o Direito nada tem a ver com sentimentos morais, já que esse princípio fundamental da dignidade humana jamais pode perder seu conteúdo moral, sob pena de total esvaziamento.

Novamente vale a manifestação de Sarmiento:

“A dignidade humana, em síntese, de mera proclamação religiosa e filosófica converteu-se em princípio jurídico vinculante de mais elevada estatura, mas isso não a privou da sua dimensão moral. Pelo contrário, a sua positivação é parte importante do fenômeno de abertura do Direito à leitura moral”.<sup>19</sup>

Nossa Constituição e tratados internacionais sobre Direitos Humanos a que o Brasil aderiu não se apegam a uma visão organicista ou coletivista em que o ser humano seja algo descartável como peça de uma engrenagem. O valor intrínseco de cada ser humano é defendido, não havendo conflito entre a obediência às normas constitucionais e convencionais e “o respeito aos princípios morais mais fundamentais”.<sup>20</sup>

Ter a pretensão de burlar toda essa principiologia constitucional e inclusive suas bases morais, tende à expedição de uma verdadeira decisão de “revisão constitucional” pelo Poder Judiciário de forma arbitrária. Nesse passo, procede-se de maneira a promover alterações informais na Constituição por meio de suposta “interpretação”. A “interpretação” é um pretexto para modificar “substancialmente” a constituição e outras legislações, num anômalo exercício de “legislador positivo” por parte do Judiciário. Age o Judiciário como um “legislador positivo constitucional”, alterando o “conteúdo ou o alcance da norma constitucional”, tal qual fosse ele um “constituente, promovendo emendas à margem do procedimento de revisão formal pelo Legislativo”. No limite, chega a pretender atuar (como é o caso estudado neste texto) “como legislador constituinte originário”, com intento

de alterar “o núcleo essencial do conteúdo ou alcance de cláusulas pétreas, insuscetível de revisão formal”.<sup>21</sup> É exatamente o que ocorre neste caso, porque tem relação com a perversão dos Princípios e Garantias Fundamentais inscritos nos arts. 1º, III; 2º e 5º, “caput”, CF em sua harmonia com o art. 4º, n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Opera-se um esquecimento voluntário do que Frankenberg chama de “método legislativo de técnica de Estado”, cuja função é “realizar a transição do exercício pessoal do poder para o exercício impessoal do poder, ou seja, mediado pela lei”. Um governo que é de “leis” e não de “homens”, tal como na “tradição constitucional estadunidense” (“government flaws and not men”).<sup>22</sup>

Morais expõe o mal ínsito a esse tipo de decisão judicial:

“Trata-se de sentenças que alargam, por força de uma operação interpretativa, o objeto da norma constitucional existente, à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional, acabando por gerar, de fato, ‘novas’ normas e até novos regimes normativos, com pretensão valor constitucional”.<sup>23</sup>

É impossível fechar os olhos à literalidade notória dos dispositivos constitucionais e, especialmente da normativa convencional supramencionada, com a qual conformam um sistema. Passar sobre a literalidade da legislação não é algo que se possa fazer impunemente, não quando se pretende manter ou mesmo construir um chamado “Estado Democrático de Direito”.

Na lição de Ramos:

“O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador de seus resultados. Conforme observa Konrad Hesse, o limite da textualidade ‘é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição’ e se, por um lado, ‘inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação’, por outro, ‘exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação’. E arremata seu pensamento sentenciando que ‘onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão modifica ou rompe a Constituição’.”<sup>24</sup>

E ainda no escólio de Müller:

“O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i.e. funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. (...). Decisões que passam claramente por cima do teor literal da Constituição não são admissíveis” (grifos no original).<sup>25</sup>

Fato é que não se pode olvidar os variados aspectos ou conceitos por meio dos quais uma Constituição deve ser encarada (v.g. sociológico, político, jurídico), não parecendo que nenhum deles, isoladamente, possa abarcar o sentido pleno da Lei Maior.<sup>26</sup> A partir do momento em que a vontade constituinte expressa é desprezada numa total informalidade, esta realmente se torna nada mais que uma “Constituição de papel”, na famosa ilustração de Lassalle.<sup>27</sup> Com ele podemos afirmar que as questões constitucionais não são primordialmente de Direito, mas de Poder. A Constituição verdadeira de um país tem por fonte e fulcro “os fatores reais e efetivos

do poder que naquele país regem”. Sua letra deve ser observada e terá valor e durabilidade apenas e tão somente quando exprimir “fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”.<sup>28</sup> Em suma, a visão sociológica da Constituição nos ensina que as normas fundamentais não podem ser objeto de manipulação irresponsável, pois que permeadas e sustentadas por um substrato real de poder sem o qual ou contra o qual nada podem ideologias barulhentas, ativismos ou criações artificiais. E, no caso brasileiro, embora haja uma parcela “intelectual” (sic) que, erroneamente, imputa ao conservadorismo uma espécie de sentido pejorativo,<sup>29</sup> é fato concreto que nossa população, de onde provém a legitimação de qualquer lei, é e sempre foi esmagadoramente conservadora e prudente.<sup>30</sup> Donde se pode afirmar que achaques revolucionários e bruscos, especialmente à margem das instituições e suas regras não são bem vindos.

Pode-se afirmar

“que o STF vem procedendo a mudanças informais na Constituição pela via interpretativa, exorbitando da sua atribuição de guardião da Constituição.

O decantado *‘poder constituinte difuso’* é, por natureza, limitado, não autorizando a reformulação da Constituição com a abrangência que se lhe vem emprestando. A liberdade interpretativa do STF é limitada pela própria natureza de sua função de *guardião*, e não de *senhor* da Constituição. A criatura (STF) não pode *deformar* o seu criador (Constituição). O papel contramajoritário do STF não pode jamais ser exercido contra a vontade objetiva da Constituição. Se a Suprema Corte procede *ultra vires* e abusa de sua prerrogativa quanto ao ‘monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional, o Estado de Direito e a Democracia periclitam”<sup>31</sup>

É somente por meio de uma série de distorções materiais (v.g. conceito de dignidade humana) e formais (v.g. violação à tripartição dos poderes), que se pode imaginar uma instrumentalização do Judiciário para legalizar o aborto por via de uma ADPE, burlando a vontade popular e de seus representantes legítimos.

Angotti Neto bem ilustra essas distorções:

“A expressão ‘direitos reprodutivos’ merece atenção especial, pois de reprodutivos nada tem de fato, a não ser que o direito de reproduzir significasse o direito de evitar um aborto para a criança, fruto da reprodução, nascer.

Contudo, a expressão é utilizada para comunicar a vontade de destruir fetos e bebês, justamente fruto da reprodução.

É como se eu intentasse a ridícula expressão ‘direitos dietéticos’ para fazer uma greve de fome ou ‘direitos sexuais’ para em seguida optar pelo celibato. (...).

O nome adequado deveria ser ‘direito ao extermínio’. Pena que o nome não seria lá muito politicamente correto, embora, com certeza, muito mais veraz.

A coisa fica ainda mais louca quando engenheiros sociais classificam os ‘direitos reprodutivos’ como ‘direitos humanos universais’, o que equivale a dizer: é ‘direito universal’ do ser humano matar outro ser humano e eliminar a possibilidade de o outro exercer qualquer outro direito neste plano existencial”<sup>32</sup>

Note-se que há uma tremenda distorção, perversão e violação também de outros princípios nessa tentativa de burla. São visíveis as lesões à proporcionalidade e

à igualdade quando “seres” humanos, apenas devido à fase de desenvolvimento, são tratados de forma tão desigual, uns são reificados (tratados como “coisas”), enquanto outros são tutelados com direitos absolutos.

Como é possível pensar que nesse quadro dantesco a dignidade da pessoa humana estaria cumprindo a função que Habermas lhe atribui, qual seja, de “algo como um portal por meio do qual o conteúdo igualitário – universalista da moral é importado ao direito”.<sup>33</sup>

A dignidade humana não pode ser entendida de forma egocêntrica, mas relacional. No entanto, isso vai se tornando cada vez mais difícil quando o pensamento contemporâneo se permite uma “inversão interior” por meio da qual “a vontade se arroga um direito de conquista onde somente à inteligência cabe o primado”. Consequentemente “a inteligência perde a liberdade e a vontade então convence o sujeito que ele é um livre pensador” e sua liberdade autocentrada lhe permite, em nome de uma suposta dignidade, simplesmente dispor de “seres” humanos para satisfazer seus desejos ou amenizar suas dificuldades.<sup>34</sup> Esse voluntarismo egoísta com que se pretende sustentar uma ADPF, acenando com uma perversão do Princípio da Dignidade Humana, deriva de um problema sumamente grave na atualidade, que é a “incapacidade de ver o sentido profundo e verdadeiro das coisas”.<sup>35</sup>

Como aduz Angotti Neto:

“A expectativa hedonista de livrar a pessoa do desconforto, mesmo que ao custo da vida alheia e da impossibilidade de sentir empatia ou imaginar o que é a vida alheia, nos levará ao fim da civilização. (...)”

O hedonismo e a elevação do prazer imediato subjetivista acima de fatos e seres concretos, por meio da relativização dos valores mais profundos e centrais, estão destruindo tudo.

Agora, sacrificamos nossos filhos e fingimos que nada acontece. Em breve, todos seremos sacrificados, e ninguém se lembrará do quanto valemos. Afinal, sobrará algo valioso em nós e legado por nós para justificar a lembrança de quem somos”?<sup>36</sup>

A dignidade humana não é dotada de apenas uma face, aquela geradora de direitos e garantias, mas também de outra, aquela geradora de deveres para com os outros. Tem um aspecto importante que a converte também em “dever ou encargo”, capaz de fundamentar a limitação da liberdade individual, de forma a fazer com que as pessoas vivam e ajam de modo digno e também permitam o gozo dessa mesma dignidade a outros “seres” humanos. Viver dignamente não é exercer uma liberdade egocêntrica, mover-se tão somente pelo império da “vontade”, viver dignamente também compreende a responsabilidade pelo reconhecimento da dignidade humana nos outros seres humanos.<sup>37</sup> Isso sob pena de, ao contrário, acabar vendo “sufocada a piedade pelo hábito”,<sup>38</sup> incapacitando qualquer empatia para com, por exemplo, um feto humano, ao ponto de sobrepor à sua vida e potenciais, uma vontade, um capricho ou mesmo a fuga de uma dificuldade.

A visão que reduz o alcance da dignidade humana, da proteção da vida humana e do próprio conceito de pessoa, alijando o feto de tutela não se coaduna, conforme já demonstrado, com não apenas uma norma interna, mas com todo um sistema

constitucional, ordinário e, mais evidentemente ainda, convencional. Pretender fazer um malabarismo jurisprudencial para alterar esse quadro notório é imoral, ilegal, antidemocrático e inconstitucional, seja formal, seja materialmente.

O que se pretende é afastar a possibilidade do “reconhecimento” do feto ou embrião, da vida intrauterina humana como aquele “outro” que merece consideração relacional e se habilita como “pessoa”. Eis o truque para desconsiderar o Pacto de São José da Costa Rica e toda sua necessária interpretação sistemática com a legislação constitucional e ordinária interna do Brasil.

Todorov esclarece que “o reconhecimento marca, mais que qualquer outra ação, a entrada do indivíduo na existência especificamente humana”.<sup>39</sup> Sem o reconhecimento são possíveis o descarte, a crueldade, a instrumentalização, a reificação e a indiferença.

Reconhecer neste contexto não é meramente identificar, mas valorizar e respeitar a pessoa.<sup>40</sup> Dessa forma, a falta de reconhecimento ou o reconhecimento pervertido ou deturpado conduz à diminuição, ao desrespeito, à desconsideração que degrada e compromete a relação humana.<sup>41</sup>

Mas, a tentativa de negar esse necessário reconhecimento, mesmo diante da letra clara da normativa, somente se lastreia em manobras eufemísticas e ocultações, senão em verdadeiras falsificações. Conforme demonstra Angotti Neto:

“Normalmente chamarão o feto por nomes bem técnicos e desumanos como: produto da gravidez, concepto ou consequência indesejada. Chamar o feto de criança, ser humano ou – horror – admitir tratar-se de uma pessoa, trará imenso desconforto, ao gerar na consciência o choque da realidade que precede a capacidade de analisar o assunto com inteligência.

Para que imaginemos o quanto a apreensão dessas realidades pode mexer com o imaginário de alguém, basta nos lembrarmos da história de vida do rei do aborto, o médico Bernard Nathanson. Ao observar a reação do feto a um abortamento por meio de ultrassonografia, o médico aborteiro ficou profundamente perturbado. Aquele que não passava de uma abstração, um pequeno refugio a ser removido sem muita preocupação, assumiu rapidamente a posição de paciente a ser cuidado. Seus movimentos, suas reações e sua face ganhavam duas dimensões no aparelho e três dimensões na imaginação.

Para os abortistas, é melhor não falar mesmo do feto, não entrar muito no mérito da questão e no excesso de detalhes biológicos e sociais. Quanto menos conhecimento, mais fácil será fingir que o pequeno homem, ou a pequena mulher, não passa de um alienígena distante e desconhecido.”<sup>42</sup>

É interessante observar como uma ideologia se sobrepõe a qualquer contradição interna. Os mesmos que advogam o secularismo e o cientificismo, renegam as verdades reveladas pela moderna genética e biologia, bem como as imagens concretas e irrefutáveis tornadas possíveis por meios de aparelhos como o ultrassom. Preferem manterem-se cegos num primitivismo autoimposto a fim de não abrirem mão de suas intocáveis vontades.

Outro aspecto interessante é que grande parte da esquerda que defende a legalização do aborto, se empertiga na defesa dos animais sob o argumento de que são “seres sencientes”, ou seja, capazes do prazer e dor. E isso seria, no caso dos animais, suficiente para praticamente equipará-los a pessoas e promover o

seu “reconhecimento”. Não obstante, sabe-se que é cientificamente comprovado pela moderna embriologia que os fetos e recém-nascidos prematuros têm uma sensibilidade maior do que um adulto à dor. Eles então não somente são “seres sencientes”, mas também são mais sencientes do que uma pessoa formada.<sup>43</sup> Mas, nada disso sensibiliza aqueles que teimam em não reconhecer o feto como integrante da intersubjetividade. Esta pode processar-se com animais, mas não com seres humanos em sua fase intrauterina. E isso mesmo diante do seguinte fato:

“O *status* humano é questão genética e científica muito bem estabelecida. Ninguém no meio acadêmico sério, ainda que fosse o mais radical abortistas instruído, levantaria a hipótese de um feto não ser humano. É humano no sentido ontológico e genético a partir do momento da concepção. O que está em discussão é quais humanos podemos matar e quais não podemos. Fetos humanos não se tornam tatus ou samambaias, eles se desenvolvem em pessoas adultas, crianças, idosos, e todas essas categorias são categoria de seres humanos.”<sup>44</sup>

Não sem razão Goethe afirma que a história é “o quadro dos crimes e das misérrias da humanidade”.<sup>45</sup> E o poeta inglês Mathew Green descreve uma “profecia, que sonha uma mentira, na qual os tolos creem e os patifes põem em prática”.<sup>46</sup>

A estreiteza de pensamento, incapaz de enxergar as enormes contradições em que se move a ética chamada pós – moderna, vai ainda mais longe se for observado o tema tão difundido do reconhecimento dos “Direitos das Futuras Gerações”, integrando-se entre os chamados “Direitos de terceira ou quarta geração”.<sup>47</sup> É reconhecido o direito de alguém que sequer existe em qualquer plano, em qualquer fase de desenvolvimento e negado o direito à própria existência de um ser humano já concebido!

Como expõe Wolff:

“Nossa comunidade moral não se estende somente no espaço, a todos com os quais poderíamos estar em relação simétrica; ela se estende no futuro a todos cuja existência depende de nossa ação e com os quais estamos em relação assimétrica.”<sup>48</sup>

Note-se que o reconhecimento do dever ético perante o “outro” não depende de simetria, nem muito menos de reciprocidade<sup>49</sup>, mas tão somente da humanidade do humano presente, futuro e, certamente, em formação. As espúrias exigências de simetria e reciprocidade quando se trata do tema do aborto pervertem e reduzem a amplitude da dignidade humana. O Pacto de São José da Costa Rica se funda em uma concepção escorregada da dignidade humana e sua literalidade não deixa dúvida quanto à imperatividade de seu preceito, sem margens para interpretações limitativas.

A eventual legalização do aborto, mediante um abusivo ativismo, ou até melhor, *militantismo* judicial, com infração à literalidade do sistema da legislação ordinária penal e civil em cotejo com a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, pode justificar uma legítima reação do Poder Legislativo, devido à usurpação escandalosa de suas funções e, conseqüentemente, à violação da tripartição de poderes constitucionalmente estabelecida. A doutrina especializada chama essa reação de “Blacklash”. Conforme ensina Fernandes:

“Nessa perspectiva, o *backlash* pode ser compreendido como uma forma de colaboração do legislador com o Tribunal: um *apelo* do legislador à *autocrítica* do Tribunal. Assim como o Tribunal emite decisões de apelo ao legislador, este também pode dialogar com o tribunal pela via da reedição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao de lei declarada inconstitucional. Mesmo diante do elevado risco de nova declaração de inconstitucionalidade, a mensagem exortativa é clara. E pode conter a ameaça implícita de uma reação mais incisiva, pela via de uma emenda constitucional, por exemplo.”<sup>50</sup>

Em suma, é possível por meio desse procedimento restaurar a usurpação cometida com o abusivo ativismo ou militantismo judicial, recompondo a tripartição de poderes e, juntamente com ela, o Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foi questionada a legitimidade da ADPF 442 apresentada perante o STF pelo Partido Político PSol, visando a legalização do aborto no Brasil.

A falta de representatividade popular do próprio partido envolvido e, principalmente, da ideia ali defendida foi apresentada como sério argumento para que sequer se cogitasse do conhecimento do pleito.

Inobstante, o STF acatou o pedido de conhecimento e instalou um procedimento de audiências públicas prévias ao efetivo julgamento do caso. Nessas audiências também se verificou a irregularidade patente da aceitação como “*Amicus Curiae*” de entidades promotoras do aborto e divulgadoras de meios abortivos com atuação inclusive em território nacional, infringindo as leis vigentes e, até o momento, válidas. Entidades, portanto, que claramente praticam crimes e contravenções penais em território nacional, ligadas à questão do aborto e do anúncio de meios abortivos, são admitidas como “amigas da corte” (na tradução literal da expressão), revelando escandalosa parcialidade na apreciação da matéria já em seu início.

Finalmente foi analisada a legislação brasileira sob o ângulo ordinário, constitucional e convencional, restando evidente que a vida humana é tutelada em nosso país desde a sua concepção, não havendo espaço para alterações que não infrinjam a legalidade e a tripartição de poderes. Ademais, o conceito constitucional de “dignidade humana”, como “Princípio Fundamental”, embora sujeito a interpretações equívocas (reducionistas ou mesmo extensivas demais), certamente alcança o ser humano a partir da concepção, pois que os dispositivos constitucionais relativos à proteção do direito à vida humana e da dignidade humana somente podem ser corretamente delineados em conjunto harmônico com o dispositivo convencional do Pacto de São José da Costa Rica.

No caso de eventual decisão esdrúxula da Suprema Corte, caberá a reação do legislador na qualidade de legítimo representante da vontade popular, reiterar a criminalização do aborto na forma como se encontra em nosso ordenamento, bem como o reconhecimento dos direitos do nascituro, inclusive os mais básicos que são os direitos à vida e à existência. Deverá o Legislativo demonstrar ao Judiciário que houve abuso ativista e, se a reiteração da legislação ordinária não for o

suficiente para provocar uma autocrítica do Judiciário, então uma emenda constitucional deverá ser elaborada, não deixando margem para qualquer dúvida ou desconstrução por meio de expedientes exóticos e impertinentes. **C**

## NOTAS

- 1 O Psol tinha na última legislatura apenas 6 deputados eleitos. Agora subiu seu número para 10 deputados, o que não o retira da zona de baixíssima representatividade. Cf. MELO, Débora. Psol passa a ter 10 deputados na Câmara Federal. Disponível em <https://www.pragmatismo-politico.com.br/2018/10/psol-deputados-camara-federal.html>, acesso em 05.01.2019. Outro fator importante é que o Psol sequer tem representante (um único) no Senado. Cf. BARRETO, Waldemir. Composição do Senado salta de 15 para 21 partidos em 2019. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/03/composicao-do-senado-salta-de-15-para-21-partidos-em-2019>, acesso em 05.01.2019. Note-se que mesmo com a junção com outros partidos de esquerda, o projeto não teria viabilidade no Congresso Nacional.
- 2 Cf. BARBOSA, Renan, DRECHSEL, Denise. Novas Pesquisas confirmam que brasileiro é contra o aborto. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/novas-pesquisas-confirmam-que-brasileiro-e-contra-o-aborto-5gld9xyv0eztairju3oldlp05/>, acesso em 05.01.2019.
- 3 NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, p. 39.
- 4 Op. cit., p. 65.
- 5 FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 318.
- 6 MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>, acesso em 05.01.2019.
- 7 In: FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 8.
- 8 FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 16.
- 9 Op. Cit., p. 16.
- 10 FIUZA, Guilherme. *Manual do Covarde*. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 143.
- 11 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 14-15.
- 12 Op. cit., p. 16. O autor aponta temas controversos em que a dignidade da pessoa humana acaba sendo utilizada dos dois lados do debate: aborto, prostituição, pornografia, eutanásia etc.
- 13 Frise-se, contudo que a perda de força dos Estados não se deu tão intensamente como previam os cientistas políticos. Como aduz Gray, “a ideia de que o Estado Soberano estava chegando ao fim era absurda”. Cf. GRAY, John. *Missa Negra*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 150.
- 14 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 83.
- 15 BETIOLI, Antonio Bento. *Bioética a ética da vida*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 77.
- 16 NEVES, Marcelo, Op. cit., p. 70.
- 17 SARMENTO, Daniel, Op. cit., p. 18.
- 18 TRIGO, Luciano. *Guerra de Narrativas*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2018, p. 230.
- 19 SARMENTO, Daniel, Op. cit., p. 58.
- 20 Op. cit., p. 70.
- 21 FERNANDES, André Dias, Op. vit., p. 83.
- 22 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*. Trad. Gercelia Mendes. São Paulo: Unesp, 2018, p. 33.
- 23 MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 422. Pode-se afirmar que Canotilho também é avesso a essa espécie de atuação judicial, salvo em casos excepcionais. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1018-1020.
- 24 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

- 25 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64-65.
- 26 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017, p. 130-140.
- 27 LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003, p. 64.
- 28 Op. cit., p. 79.
- 29 Cf. COUTINHO, João Pereira. *As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários*. São Paulo: Três Estrelas, 2014, "passim".
- 30 Cf. MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Saga, 1965, "passim".
- 31 FERNANDES, André Dias, Op. cit., p. 171.
- 32 ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: O extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018, p. 55-56.
- 33 HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: IDEM. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012, p. 17.
- 34 CORÇÃO, Gustavo. *A Descoberta do Outro*. Campinas: Vide Editorial, 2017, p. 83.
- 35 Op. cit., p. 203.
- 36 ANGOTTI NETO, Hélio, Op. Cit., p. 100-101.
- 37 BARRETO, Vicente Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63 -77.
- 38 A frase é da "Tragédia de Julio Cesar", de William Shakespeare. Cf. BARROSO, Luís Roberto. A tragédia de Júlio César: poder, ideal e traição. In: PACHÁ, Andréa, et al. *Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados*. Rio de Janeiro: Edições Rio de Janeiro, 2017, p. 52.
- 39 TODOROV, Tzvetan. *A vida em comum: ensaio de antropologia geral*. Trad. Maria Angélica e Norma Wimmer. São Paulo: Unesp, 2013, p. 115.
- 40 ASSY, Behânia, FERES JÚNIOR, João. Reconhecimento. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 705.
- 41 FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age. In: IDEM. *Justice Interruptus: critical reflections on the 'postsocialist' condition*. New York: Routledge, 1997, p. 11-40.
- 42 ANTOTTI NETO, Hélio, Op. cit., p. 50.
- 43 Op. cit., p. 52.
- 44 Op. cit., p. 62 – 63.
- 45 Apud, CARPEAUX, Otto Maria. *A Cinza do Purgatório*. Balneário Camboriú: Danúbio, 2015, p. 31.
- 46 Apud, Op. cit., p 74.
- 47 Cf. JONAS, Hans. *El Principio de Responsabilidad*. Trad. Javier Maria Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995, "passim".
- 48 WOLFF, Francis. *Três Utopias Contemporâneas*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Unesp, 2018, p. 42. E o mesmo autor nega o dever de reconhecimento do feto e até de humanos moribundos existentes mais adiante em sua obra. Ou seja, promove uma contradição interna incrível sem o perceber. Op. cit., p. 68.
- 49 JONAS, Hans, Op. cit., p. 82.
- 50 FERNANDES, André Dias, Op. cit., p. 310.

## REFERÊNCIAS

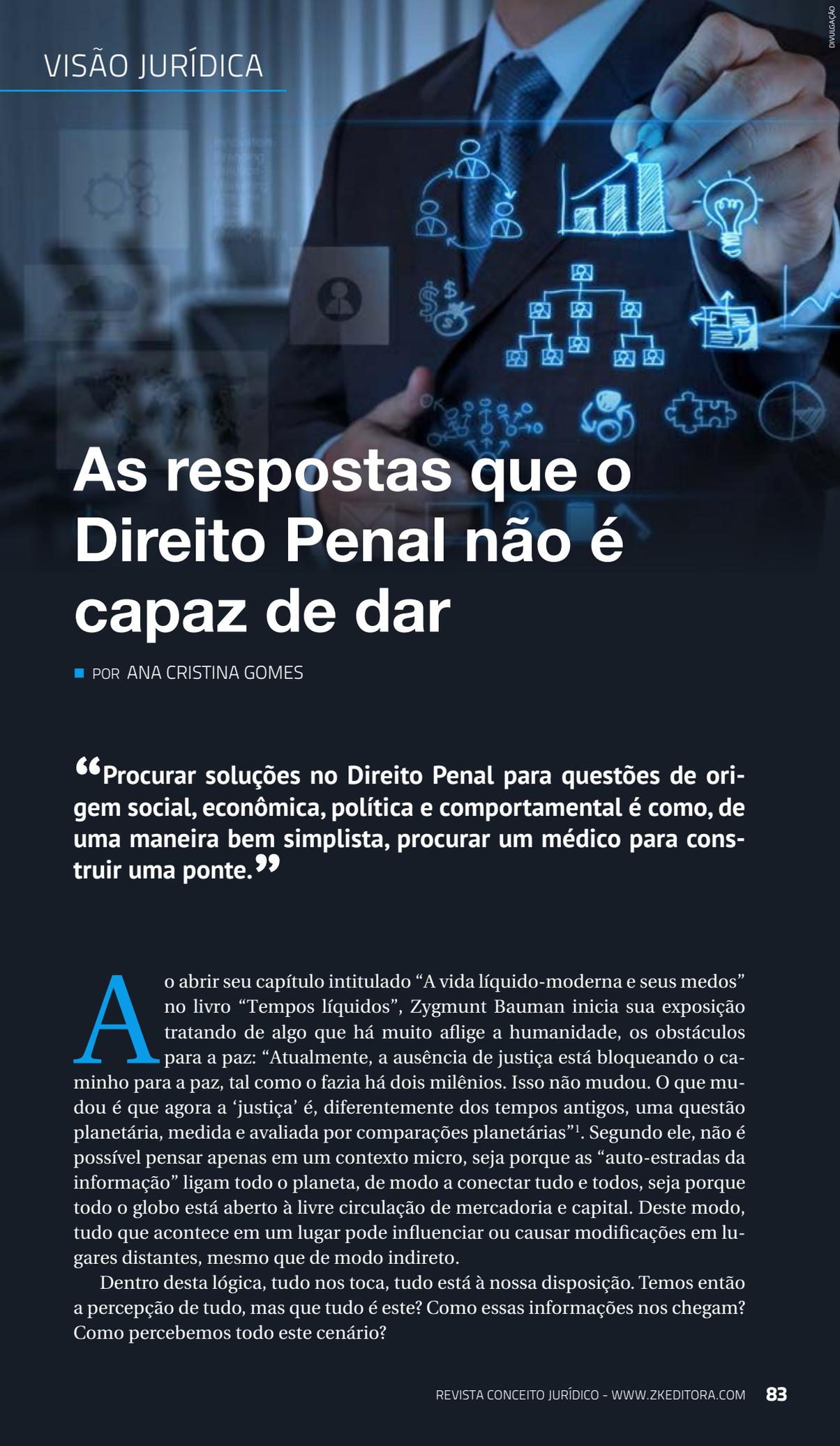
- ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: O extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018.
- ASSY, Behânia, FERES JÚNIOR, João. Reconhecimento. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- BARBOSA, Renan, DRECHSEL, Denise. Novas Pesquisas confirmam que brasileiro é contra o aborto. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/novas-pesquisas-confirmam-que-brasileiro-e-contra-o-aborto-5gld9xyv0eztairju3oldlp05/>, acesso em 05.01.2019.

- BARRETO, Vicente Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARRETO, Waldemir. Composição do Senado salta de 15 para 21 partidos em 2019. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/03/composicao-do-senado-salta-de-15-para-21-partidos-em-2019>, acesso em 05.01.2019
- BARROSO, Luís Roberto. A tragédia de Júlio César: poder, ideal e traição. In: PACHÁ, Andréa, et al. *Ele, Shakespeare, visto por nós, os advogados*. Rio de Janeiro: Edições Rio de Janeiro, 2017.
- BETIOLI, Antonio Bento. *Bioética a ética da vida*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARPEAUX, Otto Maria. *A Cinza do Purgatório*. Balneário Camboriú: Danúbio, 2015.
- CORÇÃO, Gustavo. *A Descoberta do Outro*. Campinas: Vide Editorial, 2017.
- COUTINHO, João Pereira. *As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários*. São Paulo: Três Estrelas, 2014.
- FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- FIUZA, Guilherme. *Manual do Covarde*. Rio de Janeiro: Record, 2018.
- FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*. Trad. Gercelia Mendes. São Paulo: Unesp, 2018.
- FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'post socialist' age. In: IDEM. *Justice Interruptus: critical reflections on the 'post socialist' condition*. New York: Routledge, 1997.
- GRAY, John. *Missa Negra*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: IDEM. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.
- JONAS, Hans. *El Principio de Responsabilidad*. Trad. Javier María Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995.
- LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>, acesso em 05.01.2019.
- MELO, Débora. Psol passa a ter 10 deputados na Câmara Federal. Disponível em <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2018/10/psol-deputados-camara-federal.html>, acesso em 05.01.2019.
- MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Saga, 1965.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- TODOROV, Tzvetan. *A vida em comum: ensaio de antropologia geral*. Trad. Maria Angélica e Norma Wimmer. São Paulo: Unesp, 2013.
- TRIGO, Luciano. *Guerra de Narrativas*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2018.
- WOLFF, Francis. *Três Utopias Contemporâneas*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Unesp, 2018.



ARQUIVO PESSOAL

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE** é Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.



# As respostas que o Direito Penal não é capaz de dar

■ POR ANA CRISTINA GOMES

**“Procurar soluções no Direito Penal para questões de origem social, econômica, política e comportamental é como, de uma maneira bem simplista, procurar um médico para construir uma ponte.”**

**A**o abrir seu capítulo intitulado “A vida líquido-moderna e seus medos” no livro “Tempos líquidos”, Zygmunt Bauman inicia sua exposição tratando de algo que há muito aflige a humanidade, os obstáculos para a paz: “Atualmente, a ausência de justiça está bloqueando o caminho para a paz, tal como o fazia há dois milênios. Isso não mudou. O que mudou é que agora a ‘justiça’ é, diferentemente dos tempos antigos, uma questão planetária, medida e avaliada por comparações planetárias”<sup>1</sup>. Segundo ele, não é possível pensar apenas em um contexto micro, seja porque as “auto-estradas da informação” ligam todo o planeta, de modo a conectar tudo e todos, seja porque todo o globo está aberto à livre circulação de mercadoria e capital. Deste modo, tudo que acontece em um lugar pode influenciar ou causar modificações em lugares distantes, mesmo que de modo indireto.

Dentro desta lógica, tudo nos toca, tudo está à nossa disposição. Temos então a percepção de tudo, mas que tudo é este? Como essas informações nos chegam? Como percebemos todo este cenário?

Em maior parte, as informações nos chegam pelos meios de comunicação. Desde sempre os seres humanos procuram se comunicar, transmitir informações. É também essa uma necessidade humana, a comunicação.

Importa dizer que o problema nem sempre está na informação, mas sim no conteúdo da mesma. Na forma com que ela chega até seu receptor e como será decodificada.

Bem, e o que teria o Direito e o Direito Penal com isso? Simples, tudo. O Direito é, sem dúvida alguma, uma forma de comunicação entre a sociedade e as pessoas que a compõe. O Direito transmite o discurso vigente, ou seja, as opções sociais, econômicas e políticas que regem a sociedade por meio do Estado. Do mesmo modo, o Direito Penal, visto aqui como a Ciência Conjunta do Direito Penal<sup>2</sup>.

Toda norma comunica algo e toda norma penal do mesmo modo comunica não só o desvalor da ação tipificada, mas também a opção Político Criminal adotada ante a observação criminológica do problema. Isso não significa dizer que a norma é boa ou ruim, significa apenas que, as expectativas cognitivas da sociedade foram transmutadas em expectativas normativas<sup>3</sup> no âmbito das Ciências Penais, de modo que possam ser estabilizadas.

Então para que serve o Direito Penal? Possui ele condições de transformar a sociedade? Pode ele ensinar algo a alguém? Por que devemos manter as normas penais estáveis, por que não devemos romper com elas? São essas perguntas frequentes e que há muito buscam respostas. Porém se algo pode ser dito é que as normas penais não possuem condições de ensinar. Por sua natureza o Direito Penal já nasce como uma resposta a conflitos, uma resposta a um mal por assim dizer, surge para manter, conter, criar limites e não para transformar. Se pensarmos que devemos simplesmente obedecer às normas de Direito porque tememos as sanções, incorremos no risco de não compreendermos o real significado que possuem. O temor não é capaz de criar uma consciência real e de identidade, pelo contrário, apenas camufla e reprime nossas pulsões e desejos. É preciso que a norma se mostre necessária, útil e assim, de modo racional, poderemos fazer a opção por aceitá-la, pois necessária ao livre desenvolvimento individual e coletivo.

Normas penais que tenham por objetivo a finalidade pedagógica correm o risco de tornarem-se vazias ou então de aflorarem ainda mais sentimentos de vingança e o discurso de ódio, pois descumprem um princípio básico do Direito Penal, a *ultima ratio*<sup>4</sup>. É neste momento que o Direito Penal passa a ser simbólico, de maneira a representar apenas uma resposta a um comportamento social que, por muitas vezes, encontraria melhor amparo no âmbito das Políticas Públicas. É o que ocorre, por exemplo, no caso da Lei de Drogas. A criminalização do uso de entorpecentes não faz com que os problemas acarretados pelo uso de drogas diminuam, pelo contrário, surgem então outros conflitos que acabam por criar um cenário alarmante, seja para a atuação do Processo Penal ou para a sociedade, de modo elevar as taxas de encarceramento, por exemplo, ou então marginalizar indivíduos vulneráveis<sup>5</sup>. É preciso compreender que quando discutimos questões relacionadas ao uso de entorpecentes não estamos defendendo o tráfico de drogas, mas sim a utilização de outros mecanismos e instrumentos de Políticas Públicas para então solucionar questões como estas que envolvem toda a sociedade.

A criminalização de condutas não pode ser utilizada como Política Pública de segurança vez que o Direito Penal não é Política Pública e menos ainda Política Pública de segurança. A criminalização só faz engrossar as taxas e cria índices

alarmantes de criminalidade sem dar solução alguma, criam-se dados apenas. Exemplo disso, partindo agora para outra vertente do Direito Penal, o modernamente conhecido Direito Penal Econômico, é a corrupção. Ao acessar o portal da Transparência Internacional e verificar os dados lá existentes acerca de países com altos índices de corrupção temos a sensação de que alguns destes países possuem menos problemas com este tipo penal do que outros. Essa é uma leitura apressada dos dados. O que os índices revelam é que, na verdade, alguns países são mais transparentes que os outros, ou seja, os dados estão mais expostos ou então a investigação e a persecução de tais delitos se dão de forma mais intensa de modo a permitir um maior acesso a tais dados. Com isso, não menosprezamos os dados, apenas estamos a observá-los de forma mais crítica.

Jesús-María Silva Sánches esclarece em sua obra “A expansão do direito penal” que “nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da ‘insegurança sentida’ (ou como a sociedade do medo)”<sup>6</sup>, assim, a percepção do risco hoje é maior do que antes, os riscos, além de potencializados pela sociedade pós moderna, são também sentidos de modo mais intenso, isso se dá devido ao fator já salientado pelo pensamento de Zygmunt Bauman no início, os mercados e as informações hoje não conhecem fronteiras<sup>7</sup>, de modo que, a insegurança se generaliza e pode ser acompanhada por todos em qualquer lugar.

Criam-se então, inseguranças que carecem de respaldo e, como bem esclarece Anabela Miranda Rodrigues, novos desafios são postos, porém o tratamento segue sendo o mesmo de antes, a criminalização como forma de inibir determinadas condutas ou comportamentos<sup>8</sup>.

Mas o que este emaranhado de argumentos e proposições significam? Como se relacionam com o Direito Penal? Todas as proposições levam ao desfecho deste pequeno texto. O Direito Penal é a expressão do discurso vigente na sociedade, prestando-se “a manutenção da configuração da sociedade”<sup>9</sup>. Por outro lado, o discurso vigente deriva das opções político-legislativas realizadas pelo ordenamento jurídico que devem ter como diretrizes e filtro os preceitos constitucionais. Ocorre que, diante da complexidade da sociedade pós-moderna e da geração de incertezas, medo, da percepção potencializada dos riscos, a própria sociedade cria novas expectativas cognitivas que devem ser consideradas sob um viés sociológico e jurídico, para que assim, opções jurídicas e sociológicas possam ser tomadas. Nem sempre tais expectativas cognitivas podem ser transformadas em expectativas normativas recebendo então respaldo dentro do Direito e por último no Direito Penal, algumas expectativas cognitivas devem ser tratadas por meio de Políticas Públicas. Resta dizer, uma vez mais, que o Direito Penal não é Política Pública e que, quando assim utilizado, não é capaz de nada, apenas cria injustiças, maior sensação de insegurança e insatisfação e a instabilidade das normas penais, remetendo-o ao simbolismo.

Procurar soluções no Direito Penal para questões de origem social, econômica, política e comportamental é como, de uma maneira bem simplista, procurar um médico para construir uma ponte. ❏

## NOTAS

1 BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 11

- 2 Acerca da Ciência conjunta do Direito Penal, assim esclarece Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade: “Foi ao tentar englobar este conjunto de disciplinas numa unidade coerente e harmoniosa que Von Liszt criou o designativo, que se tornaria justamente célebre de ‘ciência global (total, universal ou conjunta) do direito penal.” DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 93.
- 3 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro: 1983. p. 56-57.
- 4 “Enquanto através do princípio da intervenção mínima se restringe a intervenção estatal de natureza penal às hipóteses de lesão a um bem jurídico relevante, a essa delimitação há que se acrescer a limitação da incidência penal somente quando ocorra o esgotamento de todas as outras formas de protecção não penais (civis, administrativas, entre outras. Afirma-se então que o direito penal deve ser a ‘ultima ratio’ do Sistema, ‘cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.” FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 106.
- 5 Uma simples pesquisa virtual é capaz de demonstrar como isso se dá. Mães, esposas, namoradas, avós, irmãs ou filhas de pessoas que se encontram reclusas no sistema carcerário são presas em flagrante por tráfico ao tentar adentrar os presídios com entorpecentes. Essas mulheres respondem por tráfico sem ter como objetivo tal conduta, isso porque, na maioria das vezes, os entorpecentes são levados até os presídios a pedido dos detentos e, na maioria das vezes, são para consumo próprio.
- 6 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 40.
- 7 BAUMAN, op. cit, p. 14
- 8 Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos e velhos desafios. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2003.
- 9 JAKOBS, Günther. Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 61.

## REFERÊNCIA

- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- JAKOBS, Günther. Tratado de direito penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro: 1983.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos e velhos desafios. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2003.



**ANA CRISTINA GOMES** é Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”, Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”, Doutoranda pela Universidad de Salamanca, Escuela de Doctorado ‘Estado de Derecho y Gobernanza Global’.

# Reformas constitucionais e legais elevam a eficiência da gestão pública e o seu compromisso com o desenvolvimento?

■ POR JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR



**“Os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos elevados à Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do estado.”**

O HOMEM NÃO DEIXA DE SER LIVRE SE ACEITA REGRA QUE O NÃO DESNIVELA, COMO HOMEM, ABAIXO DOS OUTROS HOMENS. ENTENDAMOS: SE A ACEITOU POR DECISÃO PRÓPRIA, OU EM PROCESSO DE VOTAÇÃO EM QUE A SUA VONTADE ATUOU, IGUAL E LIVREMENTE, AINDA QUE NÃO VENCESSE. PORTANTO, A ACEITAÇÃO DE REGRAS QUE PÕEM O HOMEM ABAIXO DOS OUTROS HOMENS LHE TIRA A LIBERDADE. AÍ, A TÉCNICA DA IGUALDADE OPERA COMO LIMITAÇÃO AO PRÓPRIO IMPULSO INDIVIDUAL QUE CONDESCENDE COM A DESIGUALDADE. PROTEGE-O CONTRA SI MESMO; NÃO LHE SERIA DADO ACEITAR SER DIMINUÍDO ATÉ ONDE FOI. TAL PRINCÍPIO DE IGUALDADE, POSTO EM CERNE IMUTÁVEL DE CONSTITUIÇÃO, NÃO OFENDE DE MODO NENHUM A LIBERDADE DO HOMEM, AINDA QUE NUNCA SE LHE PERMITA MUDÁ-LO. (Pontes de Miranda, *Democracia, Liberdade, Igualdade (os três caminhos)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2. ed., 1979, p. 573).

## PRÓLOGO

**É** universal e recorrente a tendência de governantes, recém eleitos para o desempenho de cargos públicos em estados tidos como democráticos de direito, manifestarem prioritária preocupação com a adoção, tão rápida quanto possível, de medidas corretivas do que possam ser políticas públicas erráticas ou desvios do uso probado da gestão pública para a produção de resultados que, com eficiência e eficácia, atendam às expectativas da sociedade, sem discriminações ou exclusões de qualquer espécie ou natureza. Quanto maior for a dimensão dos supostos ou comprovados erros e desvios, tanto mais candente será o compromisso anunciado com aquelas medidas, ora definidas como sem cor partidária ou viés ideológico, ora vinculadas a programas partidários ou a ideologias, mais à direita ou à esquerda, pouco importando tal matiz para o estudo crítico do fenômeno – mostra a experiência planetária que todos os extremos se parecem quanto aos métodos de que se utilizam para a consecução de seus respectivos objetivos.

Daí desde logo cogitarem, os novos governantes, de alterações na Constituição – especialmente as chamadas “normológicas”, pródigas em normas e regras disciplinadoras da ordem jurídica – como passo indispensável a repactuar com a sociedade uma nova linha de ação programática, conducente a reformas estruturais, gerenciais ou operacionais supostamente aptas a corrigir, prevenir e reprimir, com ou sem repercussões em conceitos políticos e jurídicos, econômicos e sociais, históricos e culturais. Ou seja, uma quase refundação da ordem constitucional e infraconstitucional.

Todos aqueles que se querem ver investidos, ou venham a ser investidos, mediante eleições gerais, para o desempenho dos poderes constitucionais nas sociedades coevas, tendem a cometer essa quase contradição, qual seja a de percorrerem os caminhos constitucionais e legais estabelecidos para alcançarem o poder e, uma vez este alcançado, terem-se por legitimados para alterar os caminhos percorridos, na crença, sincera ou não – só se saberá ao final do percurso –, de que, assim agindo, lograrão elevar o grau de eficiência da gestão pública e majorar o índice de bem-estar da população, vale dizer, o seu nível de desenvolvimento, em correspondência às promessas lançadas durante a campanha eleitoral.

Quais os limites e cuidados que o estado contemporâneo conhece para compreender o fenômeno e a ele opor freios e contrapesos institucionais efetivos é o

objeto desta breve digressão – breve em relação ao tempo histórico que abrange –, e que em larga margem se valerá da literatura produzida por reconhecidos juristas, politicólogos, sociólogos e historiadores que viveram as experiências de reestruturação do pós-guerra, coincidindo com o material de estudo indicado nos cursos de pós-graduação em direito público que concluí, na década de 1970, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, cuja atualidade a mim mesmo fortemente surpreendeu ao relê-lo, a confirmar a similitude dos discursos que marcam períodos de confrontos políticos e ideológicos na gestão do estado, como aqueles que vêm de caracterizar, no País, a recém finda eleição nacional para presidente e governadores de estado.

E me veio à lembrança o chiste que o saudoso Afonso Arinos de Melo Franco – minha turma da pós foi a última a que lecionou, em 1975, antes de aposentar-se, com a experiência de constituinte de 1946. Contou, com o evidente fim didático de despertar a atenção dos alunos para a crônica inconsistência de algumas soluções adotadas por nossas cartas constitucionais, sempre sujeitas a dezenas de emendas, que, certa feita, visitando um sebo parisiense, indagou se dispunham para venda de um exemplar da Constituição do Brasil então vigente, ao que o atendente respondeu que “aqui não se trabalha com periódicos...”. É provável que a resposta fosse a mesma se o exemplar procurado fosse, hoje, da Constituição de 1988, que ultrapassou, em trinta anos de vigência, a casa da centena de emendas, e outras se prenunciam, notadamente ao raiar de novos governos, na União e nos estados membros, qualquer que seja a filiação partidária dos eleitos.

## POLÍTICA E DESENVOLVIMENTO

Na história dos agrupamentos humanos, poucas palavras terão sido usadas em tantas e tão diversas acepções, nas mais variadas circunstâncias e para os mais insuspeitados propósitos, como política. Não é sem razão que o seu conteúdo ganhe cores peculiares para cada caso particular, nem é de estranhar-se que se adote, conforme o tempo e o lugar, uma compreensão de política que sirva a certas situações ou interesses, ou, especialmente, nas situações incertas.

Para Engene Poiton, “em política nem sempre é verdade que dois mais dois fazem quatro, nem que a linha reta seja a mais curta entre dois pontos”, o que pode traduzir sagaz malícia, porém não define o que seja política. De certos pragmáticos, como o presidente norte-americano Theodore Roosevelt, já se ouviu que “política é falar suavemente, tendo um cacete na mão” – precursor de seu colega presidente Trump? –, o que outros pragmáticos menos ostensivos, como Capus e Talleyrand, temperaram com argúcia quando afirmavam que “em política, há serviços que só podem ser solicitados aos adversários” e que “a política tem demonstrado que as verdades políticas não são de utilidade prática em todos os momentos”. Sem esquecer a ardilosa ingenuidade de quem professe acreditar em que política “apenas exige bom senso”, frase atribuída à não tão ingênua Mme. Pompadour. O que parece indubitável é a exigência de ter-se a prudência de admitir, com Thomas Jefferson, que “em uma ciência tão complicada como a Política, não é possível formular-se um preceito que seja bastante judicioso e adequado para qualquer tempo e circunstância, e para os casos contrários”.

A geração do pós-guerra associou política a outra palavra que parece conter a mesma magia da polivalência: desenvolvimento. O que seria uma política

idônea e eficiente de desenvolvimento, apta a construir um padrão de dignidade de existir e conviver, após os conflitos de 1914-1918 e 1939-1945? Haveria uma só política de desenvolvimento? Ao que se extrai da Constituição de 1988 – que seguiu o modelo impulsionado pelo movimento constitucionalista europeu do pós-guerra e gerou as novas Cartas que, a partir de 1958, sucessiva e respectivamente, passaram a vigor em França, Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, todas inclusivas de direitos sociais fundamentais e traçando normas gerais das políticas públicas das respectivas implantações –, há políticas públicas setoriais, cada qual destinada à efetivação dos direitos sociais fundamentais arrolados no seu art. 6º (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados). Significa dizer que política de desenvolvimento, uma vez que seja traçado o seu plano estratégico e conceitual pela Constituição, posto ser objetivo fundamental da República (CF/88, art. 3º, II), há de ter um sentido predominantemente gerencial e operativo, tal como o entende H. L. Blum – “as direções gerais, as prioridades e as limitações que, uma vez assumidas, tornem-se a base para um planejamento que aparentemente beneficie uma maioria, prejudica uma minoria e conduz ao maior ganho”. Bentham ponderava que “em boa política, a melhor Constituição para um povo é aquela a que ele está habituado”. A ideia de hábito há de ser conciliada com a de mudança, que caracteriza o desenvolvimento, mas mudanças devem levar em conta o que Summer batizou de “mores”, isto é, os costumes e crenças que constituem a parcela mais essencial da cultura de uma sociedade. Não será bem recepcionada pela população uma proposta governamental de mudança que agrida ou ignore a cultura, ou que pretenda reforma-la de cima para baixo.

A projeção dessas primeiras noções sobre os dados da realidade social, econômica, política e cultural é que permite compor um quadro do que seja política de desenvolvimento centrada no homem – ou, antes, o homem e sua circunstância, o que, como adverte Ortega y Gasset, significa muito mais do que o homem apartado de seu ambiente –, de modo a beneficia-lo mediante instrumentos adequadamente dimensionados e de execução viável em face dos recursos disponíveis, e sem afrontar os valores da dignidade humana postos na Carta Constitucional e por ela protegidos.

## A gestão do estado em face das acepções de política

As acepções de política são agrupáveis em cinco categorias: (a) tudo o que se relaciona com o funcionamento das organizações sociais; (b) conjunto de processos, métodos, expedientes e ardis para alcançar, conservar e exercer o poder; (c) arte de governar e realizar projetos que atendam ao interesse público; (d) orientação ou atitude de um governo em relação a assuntos específicos, compreendidos entre as funções do estado; (e) conhecimento sistêmico dos fenômenos políticos a partir do estado.

Todo esquema é precário, somente justificando-se para fins didáticos. Isto é sobremodo verdadeiro em política. Mas é possível inferirem-se identidades entre essas categorias, aplicáveis, a rigor, a qualquer acepção de política.

A alínea “a”, supra, almejaria sintetizar o pensamento aristotélico e sua visão do “homem político”. Ser político é um dado inerente à natureza dos seres humanos.

Basta que se reúnam duas pessoas para que, no relacionamento entre elas, se instalem recíprocas influências e a tendência de uma conduzir a outra a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, em função de certo interesse. Ocorre em todos os níveis de agrupamentos humanos: família, igreja, amigos, colegas da mesma categoria profissional, clube, empresa, partidos políticos. Em suma, em toda organização social de qualquer dimensão fluem interesses que buscam afirmar-se e satisfazer-se pelo manejo de algum tipo de poder, demandando autoridade para discipliná-los, autoridade essa que pode ser imposta ou consentida, fruto de uma liderança natural ou formal, originária ou alegadamente derivada de fatores humanos ou sobre humanos.

Tal aceção tem a virtude de aplicar-se a qualquer agrupamento, independentemente de condicionamentos culturais, mesológicos ou ideológicos. Sua insuficiência está em desconsiderar elementos conjunturais como capazes de determinar ou induzir significativas alterações no comportamento do poder e no exercício da autoridade. Prevalece a estrutura sobre a conjuntura. Esta talvez seja a insuficiência maior do pensamento grego clássico: atribuir a existência de certos costumes sociais à natureza das coisas. Era assim, por exemplo, que os filósofos gregos, incluindo Aristóteles, justificavam a escravatura: há pessoas que nascem livres e outras para serem escravas; isto faz parte da natureza das coisas, por isto que insuscetível de mudança.

Toda vez que acolhemos tal aceção de política de maneira absoluta arriscamos incorrer no erro que leva a humanidade, vez por outra, a tragédias monumentais, como no caso da Alemanha nazista, cujos teóricos manipulavam a concepção do “volksgeist” – lançada por Savigny e Sombart, em fins do século XIX, para demonstrar a prevalência do direito consuetudinário sobre o codificado, bem como a existência de peculiaridades de comportamento coletivo que singularizam uma nação. O discurso nazista valeu-se daquele “espírito do povo” para, incluindo-o ao lado de outros supostos fundamentos da superioridade da raça ariana, a esta classificar como necessária e inevitável por ser da natureza das coisas...

A alínea “b” inverte os termos da proposição grega, de modo a prevalecer a conjuntura sobre a estrutura. A afirmação pode parecer ousada quando se recorda que a origem dessa segunda aceção encontra-se no império romano, alcançando o máximo prestígio, como escola de política, com Maquiavel. É que a análise descritiva que os contemporâneos guardamos do império romano da antiguidade clássica realça uma férrea estrutura de poder, arrolada pelos historiadores entre os fatores primacialmente responsáveis pela duração milenar do império romano. Seria, pois, incongruente dizer-se que os romanos, ao fazerem política, valorizassem a conjuntura de preferência à estrutura.

A resposta está em que o tônus daquela estrutura não repousava, exatamente, sobre uma compreensão política que fortalecesse o poder e a autoridade acima de qualquer outro fator. O fortalecimento existia, porém era devido à estrutura da família romana. Historiadores concordam em estabelecer uma relação de causalidade entre o enfraquecimento da autoridade do poder do *pater familia*, com a decorrente ruptura da unidade familiar, e o enfraquecimento do próprio império até seu fracionamento e extinção, como deixaram assinalado Toynbee e Burns, entre outros.

A estima reconhecida ao poder e à autoridade não resumia, para os romanos, uma fórmula política, mas, sim, a projeção do sistema patriarcal. Tanto isto é

verdade que, em termos de política, o que interessava aos romanos era saber o que, quando, a quem e como obedecer, e o que, quando, a quem e como deixar de obedecer. Os conflitos pela chegada ao poder, seu exercício e sua conservação pelo maior tempo possível preenchiam a vida política do império, desde o Senado até às províncias, passando pelo referendo das legiões, direta ou indiretamente obtido.

Eis a maior inconveniência dessa acepção, se tomada em termos absolutos: interesses acidentais, pessoais ou conjunturais – fortemente influenciados por laços de parentesco e pela divisão entre patrícios e plebeus – ameaçam a estabilidade das instituições; a conjuntura constantemente compromete, quando não corrompe, a estrutura. E sempre se corre o risco de trocar-se o essencial pelo acidental, ou, nos termos da síntese evangélica, contemporânea dos romanos, “coam-se os mosquitos e engolem-se os camelos” (São Mateus, 23:24).

A acepção a que se refere a alínea “c”, supra, introduz o elemento ético na formulação política, que apenas subsidiariamente se apresentava na acepção da alínea “a” e se mostrava ausente da acepção da alínea “b”. É na ideia de “estado justo”, que visa ao bem comum, bem como na preocupação de uma ética social no uso do poder – um retorno ao pensamento aristotélico-tomista – que se vai cristalizar essa terceira proposta do que seja política, levantada por Hans Kelsen, com o qual a ética haveria de integrar a política intrinsecamente. Decerto que para tal concepção terá contribuído a experiência de vida pessoal de Kelsen, cujo ingresso no magistério da Universidade de Viena se deu em 1919, a completar, portanto, em 2019, o seu centenário. É que o fundador da teoria pura do direito e seu positivismo jurídico, tendo chegado a integrar a suprema corte austríaca, viu-se compelido, por pressões do nazismo alemão, a que se opunha e fortemente impregnava a política austríaca, na década de 1930, a dela abdicar, bem assim da cidadania austríaca, indo asilar-se na América do Norte, em cujas universidades passou a lecionar até o seu falecimento, décadas após. Assim igualmente a perda, pela Universidade de Viena (fundada no século XIV), de outros renomados especialistas da época, como Karl Popper e Peter Drucker, que, pelos mesmos motivos, asilaram-se, respectivamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, deixando obra acadêmica admirável no campo das ciências políticas, o primeiro, e no da ciência da administração, o segundo. Por ironia da história, o jovem Adolf Hitler foi recusado pela mesma Universidade quando lá pretendeu ingressar para cursar belas artes, na pretensão de se tornar pintor...

Rememoram-se tais personagens para evidenciar o quão ruinosos podem ser movimentos persecutórios impulsionados por pretextos ditos políticos. Tal como a ética – que de tempos em tempos é alvo das imprecações dos que confundem componentes culturais, oscilantes segundo a variável tempo-espaco, com valores éticos essenciais e universais, e que devem ser perenes e infensos àquela variável –, também a ideia de bem público tem servido a toda sorte de deformações, no campo político. Põe-se em tal relevo o desenvolvimento que se verifica a tendência de ser considerado como a finalidade última e exclusiva da existência dos estados e seus governos. Falso axioma. O fim supremo do estado é o bem estar das pessoas que habitam o seu território, daí a excelência da definição que Jean Dabin, nos idos de 1929, parece haver cunhado de uma vez para sempre, sobre a noção do bem público que cumpre ao estado prover e efetivar, seja diretamente, indiretamente ou mediante regulação: “conjunto dos meios de aperfeiçoamento

que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constitui patrimônio comum e reservado da generalidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção das instituições que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família e a corporação profissional; elaboração, em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade”.

O desenvolvimento, na verdade, é o meio de o estado atender ao bem comum. Os governos devem promover o desenvolvimento para viabilizarem o bem-estar coletivo. Ordenem-se os conceitos: o fim do estado é o bem-estar de sua população; os meios eficazes para gerar bem-estar correspondem aos níveis em que se promova o desenvolvimento.

Coisa diversa são as funções do estado, que variam segundo necessidades e realidades conjunturais, nacionais, regionais ou locais. O estado A pode assumir, em dado momento, a execução dos serviços de transportes coletivos, que o estado B delega a concessionárias ou permissionárias privadas, mediante contrato precedido de licitação (*vg*, CF/88, art. 175). Isto não significa que o estado A estejam atendendo ao bem público e o estado B, não. Expressa, apenas, conjunturas diferentes, segundo opções normativas próprias.

O que importa é a sensibilidade dos governos para decidir entre o que efetivamente demanda a interferência estatal – e até que ponto deve ir – e o que melhor funcionará se deixado à iniciativa particular. O critério para discernir deverá estar sempre impregnado da preocupação ética de acudir ao interesse coletivo, quer interpretando o que seria o consenso nacional, quer buscando promover, por meios legítimos, a obtenção desse consenso.

Como ensinava Giorgio Balladore Pallieri, para nada serviria, do ponto de vista do bem comum, uma liberdade do estado que, sob qualquer aspecto, se assemelhasse à liberdade do particular. O estado não detém o mesmo tipo de liberdade atribuído ao particular. O estado não conta com liberdade para legislar e administrar justiça. Uma certa liberdade de ação, tanto pelo que concerne à escolha dos fins específicos, como no que tange à maneira de satisfazê-los, não pode deixar de existir, porém em nada se equipara à liberdade privada. É, pelo contrário, um poder sempre jungido ao fim a que o serviço é consagrado, e que só será legítimo quando orientado para esse fim.

Por isto que qualquer atividade do estado e de seus agentes deve ser concebida como uma “função”. Os direitos e poderes, em se tratando de estado e governo, nunca devem ser atribuídos em benefício do ente que deles foi investido, de modo a deixá-lo livre para deles fazer o uso que lhe mais agrade; estão sempre conexos ao dever de serem exercidos com os fins para os quais foram instituídos, quer dizer, ao serviço ou em função dessa finalidade. A ética – vale dizer, o respeito à dignidade das pessoas e aos interesses coletivos – deve permear cada degrau da pirâmide de poder e autoridade construída pelos governos assim inspirados. A correta apreensão dessa noção põe em xeque os governos totalitários, qualquer que seja a sua nuance ideológica.

A alínea “d” contém a acepção mais atual e dinâmica da noção de política acolhida pelas Constituições ditas pós-modernas, consistindo na fase preparatória de todo planejamento.

A latitude das necessidades geradas pela complexa e hipertrofiada organização social das grandes metrópoles hodiernas tem conduzido o estado coevo a fazer suas, conforme conjunturas e realidades locais, atividades anteriormente preclusas à função estatal. A incorporação dessas novas funções, por intermédio de instrumentos administrativos os mais variados, cria obrigações e responsabilidades públicas para os órgãos que as efetivem. O estado vê-se na contingência de ampliar seu poder-dever de controlar, supervisionar, tutelar esses instrumentos. Por outro lado, o imperativo da eficácia para solucionar problemas sócio-econômicos crescentemente complexos, obriga o estado administrador a munir-se de cautelas maiores na elaboração e execução de planos e programas de interesse para a coletividade. Daí adotar, como norma geral de comportamento administrativo, o uso do planejamento. Esse planejamento exige prévia definição de diretrizes, clientela, prioridades e instrumentos de execução. Esse trabalho preliminar compreende o que se tem chamado de definição de políticas setoriais, as quais, visando a certas áreas de necessidades e carências ou interesses prioritários, devem estar integradas à política global de desenvolvimento. Surgem, assim, por exemplo, as políticas do agronegócio, da siderurgia, da exportação, do câmbio, do meio-ambiente etc.

Essa acepção de política tem uma finalidade operacional evidente, especialmente nos países em desenvolvimento. É que as necessidades são tantas e tão diversificadas, que a administração mantida e gerenciada pelo estado deve habilitar-se a prover o desenvolvimento integral; e esse provimento pressupõe, necessariamente, racionalização e organicidade, a fim de que os planos e programas elaborados e executados pela administração atinjam todas as camadas da população de modo equânime, com o máximo de rentabilidade e o mínimo de custo, tal o sentido do princípio da eficiência introduzido no art. 37 da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 19/98, com sua dupla face: a da eficiência propriamente dita (relação custo-benefício) e a da eficácia (aptidão para produzir os planejados resultados de interesse público).

A alínea “e” sintetiza o moderno esforço para alinhar a política às ciências sociais. Intenta-se, hoje, sistematizar o conhecimento dos fenômenos ligados ao poder e à autoridade a partir do estado, que seria o fato político básico, a engolfar os demais.

A tanto seria possível rotular de ciência? Aos que a recusam, diga-se que as ciências exatas não criam leis; apenas identificam e sistematizam o que – agora, sim – é da natureza das coisas. Quando Newton enuncia as leis da gravidade e da atração dos corpos, não está inventando. Descobriu-as na natureza, tratou-as, cruzou-as com outros achados e obteve novas explicações e aplicações. O mesmo ocorre com a eletricidade e o átomo. Só que nesse campo – dos elementos naturais – os fenômenos são constantes e iguais, enquanto que sobre a natureza humana, campo em que se passam os fenômenos sociais, incidem outras variáveis. Daí ser possível, nas ciências exatas, a certeza; e nas ciências sociais, a probabilidade. Nem por isso estas deixam de constituir ciência.

O que se busca na ciência política é, pelo estudo sistemático de ações, reações e correlações – como em qualquer ciência –, estabelecer a ocorrência de certos efeitos com razoável grau de previsibilidade e acerto. E enunciar, pela reiteração

empírica dos fenômenos, tanto quanto possível, as leis que regem essas reações e correlações.

Essa acepção de política engloba todas as demais, já que, teórica e doutrinária, pretende examinar tudo o que diga respeito aos fenômenos políticos, do ângulo estritamente político. É óbvio que nesse trabalho usam-se ciências afins, ora tomando-lhes os conhecimentos já consolidados, ora usando-lhes os métodos para a pesquisa científica.

Para Francis Sorauf, então professor da Universidade de Minnesota, a ciência política, tal como é hoje entendida, “ocupa-se da tomada de decisão autorizada do sistema político e de todos os processos e atividades pelos quais uma sociedade toma essas decisões, escolhe homens para tomá-las e influencia aqueles que escolheu. Ocupa-se do âmbito dos interesses políticos dos indivíduos e da consciência que estes têm do funcionamento complexo das instituições políticas. Seu enfoque principal se faz sobre os processos de tomada de decisões no sistema político, e sobre qualquer atividade que procura influenciá-la. Qualquer comportamento relacionado com esses processos é um comportamento político”.

Há, portanto, quatro perspectivas sob as quais se faz ciência política:

a) estudo dos processos, comportamentos e instituições dos sistemas políticos, com o fim de estabelecer generalizações sistemáticas e explicações sobre o que é político;

b) busca de generalizações sobre relações entre os sistemas políticos, especialmente a política das nações no sistema internacional;

c) estudo dos produtos finais dos processos políticos, que são as normas públicas;

d) estudo das ideias e doutrinas sobre governo e sistema político, tais como os conceitos e justificações de democracia, justiça e igualdade.

Tudo isso, porém, ressalvava Sorauf, “não sugere que a periferia da Ciência Política esteja claramente demarcada e isolada das Ciências Sociais vizinhas. Nenhum conceito da vontade política define a disciplina da Ciência Política com exatidão total, pois os processos e instituições sociais do mundo real não estão lançados nos moldes rígidos das disciplinas acadêmicas”.

## OS DESAFIOS PERMANENTES DAS OPÇÕES POLÍTICAS DE GESTÃO DO ESTADO

Segundo Leslie Lipson, então lecionando na Universidade da Califórnia, “a política é o campo de controvérsias sobre alguns problemas permanentes, que hão de ser sempre defrontados, embora equacionados de variadas maneiras”. Tais problemas retratam cinco questões: (a) cidadania; (b) limites das funções do estado; (c) fonte da autoridade e liberdade individual; (d) concentração ou dispersão do poder; (e) relacionamento entre estados.

O problema da cidadania diz respeito aos atores do processo político. Qual será a relação entre os cidadãos? Estarão todos em pé de igualdade ou serão alguns superiores aos demais? A cidadania terá caráter exclusivista ou a todos inclui? Ocorrente a primeira hipótese, os membros de uma sociedade nacional estarão divididos em dois grupos: um gozará dos direitos de cidadania plena, ao passo que o outro reunirá os membros tidos como inferiores em direitos. Se a cidadania abranger a todos, todos desfrutam do mesmo *status* básico, sem discriminação ou restrição. O princípio diretor é o que estabelece, numa hipótese, regime de privilégio (a divisão entre patrícios e plebeus na sociedade romana clássica), e, noutra, regime

de igualdade. A vigente CF/88 optou por este, ao dispor, em seu art. 5º, *caput*, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

O problema seguinte resulta da controvérsia acerca das funções que o estado exerce a favor do indivíduo. Daí a pergunta: existem limites ao que pode o estado realizar de maneira eficaz e deve, pois, realizar? As escolas filosóficas e as práticas da política se têm oposto umas às outras desde sempre a esse respeito. De um lado, sustenta-se que qualquer atividade social ou grupal da sociedade pode ou deve situar-se fora dos limites da jurisdição do estado; contrapõe-se, de outro, a possibilidade de ser traçada uma linha divisória dentre da qual o estado possa mover-se livremente, invadindo, porém, terreno alheio se a ultrapassar. Assim, é de indagar-se se haveria direitos sociais fundamentais, de atendimento e respeito exigíveis do estado brasileiro, além daqueles enunciados no art. 6º da Constituição, a demarcar território sujeito ao controle dos poderes constituídos, uns sobre os outros, como, por exemplo, tem sido exposto nas cada vez mais frequentes demandas judiciais por meio das quais cidadãos cobram do estado o atendimento eficiente e oportuno a necessidades de saúde, educação, transportes etc. – tais os direitos sociais alinhados no art. 6º da CF/88.

O terceiro problema ocupa-se de determinar a origem ou fonte da qual deriva a autoridade. Torna-se crucial porque o estado, ao prestar serviços ao cidadão, há de mobilizar poderes instrumentais e exercê-los. Como as funções do estado concentram-se nas mãos do governo, a relação entre governantes e governados pode tornar-se matéria controvertida. Os que governam, além de invocarem autoridade, procuram justificar-lhe o emprego; os governados tentam conservar o domínio, em última instância, do poder político. Se a distribuição do poder, no estado, for concebida sob a forma de uma pirâmide, como sugere Robert Mac Iver, o governo poderá ser comparado ao ápice, e o restante do povo, à base. A autoridade ou terá origem da base e ascendendo até o ápice, ou provirá do ápice e descendo até a base. Segundo a primeira perspectiva, o governo deve ser fiscalizado pelo povo e responde perante ele. Conforme o segundo, o povo é constituído de súditos dos que governam e lhe cumpre o dever de obedecer.

O quarto problema desdobra-se do anterior. De onde quer que se origine a autoridade – da base da pirâmide ou de seu topo –, há de estabelecer-se o modo pelo qual há de ser organizado o seu exercício. É possível, de um lado, concentrar-se o poder num só núcleo, ou subdividi-lo em atribuições que se dispersam e poderão ser repartidas entre diferentes ramos do governo e distribuídas por diversos níveis. É possível obter-se tal sistema de freios e contrapesos ou afastá-lo, variando a estrutura governamental. Chega-se à interminável discussão sobre o número de ministérios ou de secretarias de estado e suas respectivas áreas de competência, que cada novo governo reordena, a pretexto de melhor sistematizar o funcionamento da máquina governamental e/ou de reduzir custos, com resultados sempre discutíveis.

O quinto problema concerne à magnitude da área coberta pelo estado, ao tamanho da população que a ocupa e aos assuntos pertinentes às relações entre estados. Que dimensões deve possuir a unidade de governo? Quais as proporções físicas ótimas de um estado? De que maneira se devem relacionar estados soberanos? São questões perturbadoras dos teóricos da política e dos cálculos

dos estadistas. O mundo ocidental experimentou unidades diversas, tais como a cidade-estado, o estado-nação e o estado-império, e continua a buscar novas formas de organização que posicionem os estados em igualdade recíproca, quaisquer que sejam suas dimensões geográficas, seu padrão cultural ou seu índice de desenvolvimento.

Cada um desses cinco problemas pode ser analisado de per si, dada a especificidade de cada qual. O primeiro concerne aos direitos e deveres recíprocos dos membros do estado e da sociedade civil; o segundo, à amplitude ou ao âmbito das funções do governo; o terceiro, à origem e à legitimação da autoridade; o quarto, à maneira de organizar-se o exercício do poder; o quinto, à dimensão do território e da população do estado. O elo de todos esses problemas é o fato de oferecerem oportunidade de opção entre pelo menos duas possibilidades, tanto que o fator escolha é que constitui a essência da matéria política. Se não houvesse margem para decidir, o problema não existiria. A amplitude da escolha resulta da seguinte série de contrastes: (a) o primeiro problema consiste em escolher entre igualdade e desigualdade; (b) o segundo, entre estado pluralista e estado unitário; (c) o terceiro, entre liberdade e ditadura; (d) o quarto, entre divisão de poderes ou sua concentração; (e) o quinto, entre pluralidade de estados ou estado universal.

Assim resumida, a escolha pareceria limitar-se, em cada categoria, a duas opções, mas, na realidade, existem mais de duas possibilidades, na medida em que há estágios intermediários entre os dois polos de cada opção. Assim, as funções exercidas pelo governo podem ser mais ou menos limitadas; os poderes podem ser dispersos em maior ou menor grau; a liberdade conhecerá graus variados de contenção etc. A chave da compreensão sobre o processo político é reconhecer-se que a diversidade de opções é que borda o fascínio e o desafio da política e dos que sistematizam o seu estudo num conjunto de conhecimentos organizados. Nenhum grupo de pessoas ou partidos será capaz de estabelecer qualquer governo sem enfrentar esses cinco problemas, nem poderá fugir à necessidade de decidir-se a respeito de cada um deles em face do padrão de estado que escolher, cada qual corporificando uma resposta institucionalizada às questões básicas desses cinco problemas, o que já adverte sobre a inexistência de modelos prontos e acabados. Segue-se que nenhuma solução é fixa ou definitiva. Mudam as preferências dos homens, que oscilam entre um polo e outro, reconstruindo, incessantemente, a fachada e a divisão interna de seu estado “ideal”.

A análise das complexidades da política em termos de cinco problemas globais, cada qual oferecendo soluções variáveis, pode conduzir à simplificação da realidade. Seria simplismo exagerado e, por isto mesmo, uma distorção dos fatos, representar a política, em termos finais, como o amálgama de cinco categorias, presas umas às outras. A analogia com um relógio talvez contribua para explicar as coisas. O mostrador do relógio divide-se, de maneira arbitrária, em doze horas, cada qual com sessenta minutos. Tais divisões são necessárias porque nos informam as horas, num dado momento. Mas o tempo é contínuo, num incessante e uno defluir. Assim também acontece com a política. Concluída a análise, permanece a necessidade de proceder-se a nova síntese. Como os governos operam com a realidade, os cinco problemas básicos agem uns sobre os outros, da mesma maneira que se move o ponteiro dos minutos simultaneamente com o das horas.

Qualquer que seja a opção feita, no tocante a qualquer daqueles problemas essenciais da política, dificilmente poderá ele deixar de exercer algum efeito sobre

as decisões relativas aos demais. Uma escolha, em qualquer espaço, tende a promover mudanças correlatas noutra espaço. A história da política, se resumida numa única sentença, consiste em experimentar soluções alternativas para os problemas básicos em combinações diversas.

## ÉTICA E COEFICIENTE POLÍTICO NA GESTÃO DO ESTADO

Há dois pontos comuns às acepções e aos problemas fundamentais da política aplicados à gestão do estado.

O primeiro deles é a preocupação, velada ou ostensiva, com as formas sob que se manifeste, a extensão com que se exerça e o uso que se faça do poder. Por conseguinte, cogita-se, invariavelmente, da expressão objetiva do poder, que é a autoridade e as questões técnicas que suscita, tais como, no campo jurídico, a legitimidade, a legalidade e o teor de discricionariedade com que se praticam atos administrativos em dada ordem normativa. A máxima generalização possível acerca do que entender por política seria dizer-se que é o estudo da prática de todos os aspectos do poder e da autoridade, enquanto meios de conduzir pessoas e instituições à consecução de objetivos eleitos como de interesse geral, num certo contexto-histórico-cultural.

O segundo ponto comum é a insuficiência de cada acepção e problema fundamental para abranger, isoladamente, toda a gama de fenômenos e fatos políticos. Nos primórdios de sua formulação, a ciência política sofreu a hesitação dos politicólogos, que vacilavam na delimitação de seu objeto, alguns insistindo em associá-la apenas ao direito, reduzindo-a ao exame comparativo das declarações de direitos insertas nas Constituições, outros relacionando-a somente com partidos e eleições; outros, ainda, restringindo-a ao estudo histórico, ora antropológico, ora sociológico, de certas instituições.

O certo é que todas as acepções e todos os problemas fundamentais coexistem, reclamando três cuidados: (a) a política não se deve desvincular da ética; (b) nenhum dos problemas ou das acepções pode ser tomado em termos absolutos ou exclusivos, posto que todos padecem de limitações e riscos; (c) a consideração política deve sempre constar nas análises que se fizerem de toda e qualquer circunstância que envolva poder e autoridade.

Ilustra tal trilogia a tese do “coeficiente político”, de Georges Burdeau, que, de sua cátedra na Sorbonne, ponderava que a compreensão do fenômeno político é essencial à liberdade responsável e à harmonia nas relações sociais. Para perceber-se a extensão do que Burdeau chamava de “coeficiente político”, tomem-se duas situações que se tornaram corriqueiras na ordem econômica mundial: as oscilações da cotação do petróleo e as relações de comércio internacional. De que modo decisões de política econômica de governos estrangeiros afetam a vida de famílias brasileiras? Decisões sempre foram tomadas por governos estrangeiros, para proteção de seus respectivos interesses no mercado internacional e, para alguns, ainda hoje soaria absurda a ideia de que tais decisões teriam raio de repercussão extenso a ponto de influir, não raro de modo determinante, sobre o tipo de vida de pessoas tão distantes do centro onde foram tomadas, tanto física quanto culturalmente.

O fenômeno, reconhecido como típico da globalização da economia, não é propriamente inédito, guardando certa similitude com a espécie histórica do

“nouveau riche” produzida pela Revolução Francesa. Este seria caso exemplificativo de repercussão individualizada. Mas as oscilações do preço do petróleo fornecem exemplo de repercussão de massa, tanto que pode induzir medidas e alterações em políticas de transportes e até de pagamento de folha de pessoal, em qualquer parte do planeta. O que se evidencia é que as opções, os comportamentos e as decisões de pessoas e instituições, públicas ou privadas, são capazes, como marca de nossa era, de influenciar outras pessoas e instituições sem contar a distância física ou cultural que as separe. Isto acontece porque tais comportamentos, opções e decisões carregam um “coeficiente político” cada vez maior e determinante, que alargam o raio de sua incidência. Entre os fatores que mais contribuem para a elevação desse coeficiente estão os meios e processos decorrentes da informatização e da formação de redes sociais, aptos a produzir transformações cuja rapidez nem sempre é acompanhada por reformas das estruturas legislativas, judiciárias e executivas do estado.

Por isto mesmo seria útil trazer ao cenário atual o que Gaetano Mosca denominou de “fórmula política”. Para o professor italiano da primeira metade do século XX, haveria uma fórmula de grande poder de síntese e generalização, aplicável sempre que se pretenda elaborar uma política sobre qualquer questão, também com serventia para os vários níveis em que uma política haja de ser formulada nas esferas federal, estadual e municipal, alcançando órgãos da administração direta e entidades da administração indireta, na peculiar estruturação adotada para a administração pública brasileira pelo art. 37 da vigente Constituição.

Três componentes devem ser reunidos na fórmula de Mosca: (a) conjunto de doutrinas e procedimentos em que se fundamenta o poder dirigente; (b) as alternativas propostas devem harmonizar-se com o processo de escolha e de organização da classe dirigente; (c) as alternativas devem corresponder à realidade nacional ou local a que se destinam. A viabilidade de implantação de uma política construída no plano teórico dependerá da adequada observância e combinação desses componentes, à cuja falta a formulação proposta terá escassa ou nenhuma chance de vir a ser implementada, o que também adverte para a distinção que se deve fazer entre “cartas de intenções”, costumeiramente dadas a conhecer nos primeiros dias dos governos recém eleitos, e planos de governo, anuais ou plurianuais, que devem orientar a gestão do estado, por isto que indispensável a clara enunciação de objetivos e metas a alcançar, propiciando a mensuração dos resultados efetivados, ou não, em cada caso.

Por óbvio que a fórmula de Mosca não esgota o elenco de variáveis, dependentes e independentes, de fatores e de condições que influenciam o traçado de uma política. Mas da sabedoria de Mosca – que viveu a experiência de duas guerras e seus profundos abalos políticos e ideológicos – é possível extrair relevantes ensinamentos.

O primeiro componente da fórmula significa que toda política setorial há de expressar diretrizes, público-alvo, prioridades e instrumentos, levando em conta a política central ou principal segundo a qual o poder dirigente toma decisões. Uma política setorial dissociada da política central é inviável, embora variantes possam ser habilmente introduzidas.

À primeira vista, pareceria que esse primeiro componente aplicar-se-ia somente quando se tratasse de política governamental. Maior reflexão leva à conclusão de que serve a qualquer organização. Assim, por exemplo, não se admite que diretores imprimam a seus setores orientação colidente ou incompatível com a política geral

da empresa. E não se pense que isto só acontece porque, onde haja divergência de pontos de vista, prevalece aquele que for provido de maior poder e autoridade. Acontece porque é impossível a coexistência de dois sistemas na mesma organização: ou há um sistema e seus subsistemas – necessariamente compatíveis –, ou não há sistema algum. Mesmo a forma anárquica representa um sistema, em cujo seio não prosperará qualquer disposição ou organização com ele incompatível; ou se mudará o próprio sistema. Em política, isto deve ser tomado como lei, de cuja plena vigência há inúmeros comprovantes históricos, passados e presentes, aqui e alhures.

Por outro lado, a compatibilidade sistêmica não consagra o imobilismo. Ao contrário, pretende assegurar que as mudanças se operem em função do processo político. Não há processo político – ou ele é inútil ou conduz ao caos – onde se radicalizem posições antagônicas. As mudanças devem fluir como resultantes de constante auto avaliação, mediante indução ou pressão, mas, sempre, segundo as regras do sistema. Estas também são suscetíveis de mudanças, desde que conduzidas buscando-se uma base consensual, não importa o tempo que isto possa levar. O consenso, uma vez obtido, dará legitimidade, autoridade e estabilidade a decisões que, de outra forma, retratariam mero arbítrio, infrutífera contestação ou conflito somente composto pela força. Daí a necessidade de manterem-se, em toda organização, canais e foros adequados para o debate político, do qual poderão resultar desde alterações conjunturais até mudanças substanciais, de ordem estrutural, no sistema vigente.

O segundo componente da fórmula – alternativas propostas harmonizam-se com o processo de escolha e organização da classe vigente – visa a que esta seja desde logo digerida pelos canais políticos. É que a durabilidade no tempo e a eficácia na execução dependerão do grau de aceitação e de corresponsabilidade com que a fórmula seja apreendida e assumida. A fórmula será tanto mais durável e eficaz quanto maior for esse grau. Uma vez aceita a fórmula, a própria execução encarregar-se-á de institucionalizá-la, ora adaptando-a, ora aperfeiçoando-a, ou demonstrará ser ela inexecutável ou inadequada. Esta segundo hipótese será remota se a fórmula houver sido absorvida pela classe dirigente, que se esforçará para adaptar e aperfeiçoar, considerando a extinção medida extrema e desgastante do poder e da autoridade. Por outro lado, a absorção da fórmula, dependendo do êxito em sua execução, a despersonalizará e a fará patrimônio comum, o que contribuirá para integrá-la ao sistema e a porá a salvo de eventuais alterações personalistas, mesmo porque, sendo constante e aberto, o fluxo do processo político receberá a regular influência de lideranças que se renovam.

A adequação da fórmula política de Mosca à realidade nacional ou local é tema dos mais versados no Brasil. Inúmeros autores, dentre políticos, sociólogos, filósofos e juristas, desde o Império, abordaram a questão, clamando contra o vezo brasileiro de transplantar para o nosso meio soluções em nada compatíveis com a maturidade política e com as diversidades culturais regionais de nossa sociedade. Texto que bem ilustra a asserção é o de Gilberto Amado, já a propósito de nossa primeira Constituição, a imperial de 1824, *verbis*:

Tome-se, por exemplo, o recenciamento de 1872, o primeiro que se fez no Brasil. Foi Paranhos, um dos raros que, com Tavares Bastos, Mauá, Capanema, tiveram a preocupação dos assuntos práticos fora ou dentro do Governo, quem o realizou... Vê-se que a população

total do Brasil era então de 9.330.479 habitantes, compreendendo 8.419.672 homens livres e 1.510.860 escravos. Segundo a raça, eram 3.801.782 mulatos e mestiços de vários graus; 3.787.289 brancos, 1.959.452 de raça africana e 386.955 de raça índio-americana. Segundo os sexos, o número de pessoas do sexo masculino era de 5.123.869 livres e escravos; 4.806.609 do sexo feminino, livres e escravos. Nesse total cumpre contar quase 300.000 estrangeiros, portugueses na maioria.

Fazendo o desconto do número de crianças naquele total de 5.123.869 habitantes livres e escravos, apurando o grau da sua capacidade econômica e da instrução do seu espírito, verificando a sua eficiência como cidadãos, tendo em vista a extensão enorme do país..., considerando que a Província da Bahia possuía naquele ano (1872) a população de 1.271.792 habitantes livres e 167.824 escravos; que a da Província do Rio de Janeiro era de 409.087 livres e 297.637 escravos; a de São Paulo, de 490.087 livres e 156.612 escravos; a de Minas, de 1.669.276 livres e 370.459 escravos; a de Pernambuco, de 752.511 livres e 89.028 escravos, para falar apenas dos núcleos sociais predominantes; verificando que até esse ano o número de escolas primárias não excedia de 4.000 em todo o Brasil, e o número de alunos não chegava a 160.000, pois, em 1879, em uma estatística destinada à propaganda do Brasil na Europa, o Governo calculava o primeiro número em 7.000, e o segundo em 300.000, pode-se imaginar, depois de pensar nessas coisas, qual podia ser o coeficiente de pessoas verdadeiramente capazes sobre as quais, em um país que a extensão territorial desarticula, haviam de exercer-se a instituições constitucionais, cuja decadência irremediável, na linguagem dos estadistas do tempo, era só devida ao “poder pessoal do Imperador”.

Realmente, teria sido possível sobre essa população tornar efetiva a prática de um sistema originado dos próprios costumes do mais político dos povos, e não apenas “adaptado” como nós o adaptamos, sobre uma “gens” adventícia, sem hábitos de organização e de trabalho, pouco fixada ao solo, de todo inapta à iniciativa mais comezinha na ordem dos seus interesses privados, entregue ao muçulmanismo de uma imprevidência poética relacionada com o sobrenatural das superstições pueris dos selvagens e dos negros, com um espírito afeito ao devanear das contemplações no deserto, uma população enfim que dos seus deveres não podia ter senão uma noção vaga e cujos direitos desconhecia de todo? Seria possível levantar essa população à altura das liberdades que a Carta de 1824 lhe outorgava?

É claro que a Constituição erguida no alto sem contato nenhum com ela, não poderia ser senão uma ficção, um símbolo, uma figura de retórica destinada ao uso dos oradores. A ação política havia de exercer-se através da ditadura dos homens mais aptos ou que reunissem, em virtude do equilíbrio de forças ocasionais, uma soma de prestígio predominante. Ao tempo da dominação conservadora, era um Paraná que representava esse papel ditatorial, como depois da fragmentação do bloco conservador, quebrada a unanimidade que articulava as opiniões e os interesses, esse papel ia naturalmente tornar-se um “dever” do Imperador, por falta de quem o exercesse sem contraste sobre a anarquia dos políticos divididos.

Levada mais longe a análise estatística, veremos que, ainda em 1872, não existia, nem podia existir, aquilo que tanto enchia a boca dos políticos – “o povo brasileiro”. O “povo brasileiro” não podia ser o milhão e meio de escravos, o milhão de índios inúteis que a contagem do Governo reduziu, com evidente imprecisão, a quatrocentos mil apenas; não podia ser os cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos, caipiras, matutos, caboclos, vaqueiros do sertão, capangas, capoeiras, pequenos artífices, operários rurais primitivos, pequenos lavradores dependentes; não podia ser os dois milhões ou o milhão

e meio de negociantes, empregados públicos ou particulares, criados e servidores de todas as profissões. O povo brasileiro, existente como realidade viva, não podia deixar de ser apenas as 300.000 ou 400.000 pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos, os fazendeiros, os senhores de engenho, de onde saíam os advogados, os médicos, os engenheiros, os altos funcionários, os diplomatas, os chefes de empresas, únicas pessoas que sabiam ler, tinham alguma noção positiva do mundo e das coisas, e podiam compreender, dentro da sua educação, o que vinham a ser monarquia, república, sistema representativo, direito de voto etc.

É por demais evidente a inexistência nesse tempo, como em geral ainda hoje, dessas aglomerações coesas de população, desses núcleos vivos e conscientes de trabalhadores rurais ou urbanos, dessas massas agrícolas disciplinadas e esclarecidas, de onde pudessem sair um corpo eleitoral capaz e responsável.

Diminuída a riqueza da classe única organizada, destruída a preponderância das zonas açucareiras, não equilibrada então pelo surto da prosperidade do sul, como hoje acontece, sob a impressão angustiosa dos déficits da guerra do Paraguai, o país se entregou a uma inquietação natural que, dominando os espíritos, encaminhou a uns para o pessimismo de Francisco Otaviano, de José de Alencar, de Silveira da Mota, de Silveira Martins, de Ferreira Viana, de Saraiva, e a outros para o ideal, ainda nebuloso, da República (*À Margem da História da República*, Rio de Janeiro, 1924, págs. 57-78).

À “fórmula” de Mosca devemos acrescentar um quarto elemento: a conversão das diretrizes políticas em normas que as tornem exequíveis e criem os instrumentos para sua implementação. Tem sido frequente, nos países em desenvolvimento, a elaboração farta de planos, programas e projetos que não se concretizam por falta de um conjunto de regras que materialize as intenções e institua uma base operativa para transformá-las em ações aptas à produção de resultados.

A institucionalização de uma política depende, fundamentalmente, da adequação entre seu ideário e os instrumentos eleitos para dar-lhe consequência prática. Não raro, criam-se ou adaptam-se – por vezes desnaturando sedimentados institutos jurídicos – instrumentos cuja índole jurídico-administrativa mostra-se incompatível com o grau de agilidade, flexibilidade e autonomia que exige a índole do problema a enfrentar; índole até mesmo reconhecida pelas diretrizes traçadas pela política, mas a que não tem condições de responder o instrumento criado ou adaptado, tanto que se observa, em sociedades tendentes, em processo cultural de amadurecimento, como a brasileira de fins do século XX em diante, a crescente “judicialização” de demandas contra o estado, para o fim de compeli-lo ao cumprimento de políticas públicas constitucionais. Igualmente comum tem sido a simples divulgação de planos sem previsão dos aspectos gerenciais e operacionais da execução, nem clara definição de objetivos e metas, estas devendo retratar a quantificação daqueles.

Nas sociedades cuja maturidade cultural habituou seus membros à observância de regras de comportamento tão somente sancionadas pelo costume, a ausência de normas expressas é suprida, em parte, nessas ocasiões, pela disposição da comunidade em participar de novos planos ou programas, mesmo desprovidos de instrumentos coercitivos. Nas sociedades cujo estágio cultural ainda não atingiu tal maturidade, mostra-se indispensável a qualquer plano a inclusão expressa de normas precisas e bem definidas quanto à execução: divisão de atribuições, responsabilidades, controle, avaliação.

## NATUREZA HUMANA E POLÍTICA: O MANEJO DOS PODERES ESTATAIS

Todos os seres humanos são iguais e desiguais entre si. Iguais quanto à sua natureza; desiguais quanto à personalidade individual. Para a sociologia jurídica de Recaséns Siches, a universalidade da natureza humana reside: (i) em um conjunto de caracteres biológicos; (ii) em um conjunto de caracteres psicológicos; (iii) no sistema de funções que constituem a vida humana, presentes em todos e cada um, em qualquer época, lugar e circunstância.

Do primeiro ponto de vista, o corpo de todo ser humano tem análoga estrutura (cabeça, tronco, membros, postura ereta etc.); conta com os mesmos órgãos (coração, estômago, pulmões etc.), cumprindo idênticas funções (circulatória, digestiva, respiratória etc.); experimenta as mesmas necessidades orgânicas (alimentar-se, movimentar-se, repousar etc.), submetidas às mesmas leis naturais (físicas, químicas, biológicas).

Do segundo ponto de vista, todos os homens contam com os mesmos atributos volitivos (sensações, percepções, memória, imaginação, abstração, raciocínio, sentimentos de aceitação e de repulsa, impulsos, desejos).

Do terceiro ponto de vista, todos os seres humanos compartilham, em maior ou menor proporção, um sistema de funções inerentes à condição humana (conhecer o ambiente ao redor; capacidade de adaptação à natureza e disposição para dela extrair a satisfação de necessidades imediatas; preocupação religiosa ou mística; organização social, jurídica e política).

Assim, a natureza humana, mercê de sua universalidade, não é um dado do indivíduo fulano ou beltrano, porém uma constante que identifica a raça humana. Não é, pois, fator de diferenciação individual, mas está à base de qualquer consideração em torno da vida social e, pois, de sua organização política.

Recorra-se também ao depoimento de eminentes mestres contemporâneos da antropologia e da história, respectivamente, James Frazer e Arnold Toynbee. Para este, a uniformidade da natureza humana “é tão estreita que o cruzamento de seres humanos de todas as variedades físicas pode resultar em procriação, do mesmo modo que seres humanos de todas as variedades de cultura são capazes de dominar os idiomas uns dos outros e de comunicar suas ideias”.

Segundo Frazer, a unidade da natureza humana não se limita aos traços essenciais do intelecto. Também pode ser divisada na estrutura da vida instintiva e afetiva, onde há algo de permanente nas variações sofridas, através das épocas, quanto à forma e à intensidade de suas manifestações ou quanto aos objetos sobre que recaem as tendências e paixões humanas. Assevera que certa constância existe na direção do espírito e das sociedades humanas em relação aos valores. As apreciações sobre o útil, a verdade, o belo, o justo, o bem e o sagrado variam no tempo e no espaço, contudo ainda não foi encontrado grupo humano que não fosse sensível a tais valores e não desenvolvesse, por conseguinte, uma técnica, um corpo de conhecimentos reputados válidos, uma arte, normas jurídicas, preceitos morais e religiosos, por mais rudimentares que possam ter sido tais projeções culturais.

A unidade da natureza humana é pórdico obrigatório ao aprofundamento do exame de qualquer das ciências do homem. É significativo que os ramos mais modernos desse grupo de ciências confirmem relevância à questão. Entre os psicossociólogos, por exemplo, Jean Maisonneuve informa que pesquisadores insistem em que a antropologia, associada à psicologia e à psiquiatria, está em vias de

construir um modelo de natureza humana “bruta”, presente em todos os tempos e espaços, a repercutir, destarte, na gestão de organizações sociais e estatais por toda parte. Isto não deve levar, entretanto, ao que Toynbee chama de “falsa concepção da unidade da história”, extraída, comumente, da ideia de um progresso retilíneo de toda a humanidade. Se as civilizações diversificassem os homens de tal modo que os seus respectivos representantes já não reconhecessem entre si traços comuns, não poderíamos compreender o fenômeno da difusão cultural e, muito menos, o fato de que uma civilização, quase sempre, dá nascimento a outra, que se sente sua herdeira. Tanto a difusão de traços culturais como a sua criação independente, em épocas e lugares diferentes, atestam um mínimo de uniformidade humana, sem o qual a História não teria sentido ou não poderia estender-se fora da civilização do historiador, o qual não encontraria meios de escapar da clausura de seu círculo cultural.

Tais reflexões são indispensáveis a que se compreenda como, num país de tantas diversidades como o Brasil, o acesso ao poder e o manejo deste por governantes há de levar em conta o processo evolutivo por que passam, em variados estágios, as populações de regiões distintas, mas ao mesmo tempo irmanadas por laços comuns. Por maiores que sejam as diferenças de cenários e enredos dos dramas que se desenrolam nos palcos das diversas civilizações e espaços territoriais, sentimos interesse em sua história porque sabemos que não é vivida por personagens diferentes de nós. Como assinalou Hegel, “em todos esses acontecimentos e acidentes, vemos sobrenadar a ação e o sofrimento humanos; em toda parte algo nosso e, portanto, uma inclinação de nosso interesse pró e contra”.

Eis porque todo historicismo condena-se à autodestruição sempre que acolher, como verdade isolada, o fato de que os homens têm sido, em todos os tempos, fundamentalmente os mesmos, esquecendo-se de levar em conta as mudanças e a diversidade das configurações que experimenta a vida psicológica e espiritual do indivíduo e das comunidades, em múltiplas contingências, não obstante a permanência dos atributos humanos fundamentais.

De outro turno, a noção, em si verdadeira, de que “a história não se repete” é interpretada de modo tão rigoroso que faz perder de vista outra verdade: a de que todos os fenômenos da vida, incluídos os fatos históricos – como, por exemplo, o predomínio de uma reduzida elite no comando dos destinos de um país continental, em dada época de sua história, como se deduz da estatística censitária retro transcrita de Gilberto Amado –, são, ao mesmo tempo, mas sob diferentes aspectos, únicos e comparáveis, além de se manterem, em certa medida e em determinados espaços, na cultura brasileira, daí aconselharem ética e perspicácia no manejo dos poderes públicos.

A vida em sociedade exige um mínimo de conhecimento social de seus componentes, pressuposto necessário à reciprocidade de reações. Toda ação social implica um mínimo de previsão de suas prováveis consequências. O homem que se dirige a outro calcula, antecipadamente, a reação deste, e o mesmo faz em suas relações com os grupos ou instituições, quer se trate da abertura de um estabelecimento comercial, da fundação de um partido político, da adoção de uma política pública, da gestão financeira do erário ou da prática de um crime. Apenas as ações puramente reativas ou o comportamento dos alienados escapam a essas condições.

Quanto ao grau de certeza e previsibilidade dos fatos, as fórmulas que as ciências sociais podem oferecer são modestas em comparação com as das ciências

naturais. O rigoroso determinismo destas somente reina em sistemas de fatos isolados. Seus cálculos valem sob a condição de que todas as circunstâncias permaneçam iguais, o que é absolutamente inviável tratando-se de estruturas de instável equilíbrio, nas quais a conjuntura lida com a unicidade e o jogo de fatores fortuitos imprevisíveis ou contingentes. Nada justifica, entretanto, que se menosprezem as ciências sociais. Se é verdade que muitos dos postulados teóricos dessas ciências não resistem à prova da aplicação prática, não será prudente ignorar suas lições e advertências. Em todo momento histórico, a influência do fortuito ou do contingente pode ser considerável, mas, depois de concretizado, nem sempre o rumo de seus efeitos é de todo imprevisível.

Todas essas digressões incidem na esfera da política. Os métodos, os recursos ou as manifestações da vida política por certo variam através dos tempos, porém em todas as épocas as atitudes políticas e seus objetivos sob forma institucional revelam traços comuns. Os processos técnicos de governo têm conhecido muitas mudanças, mas os problemas fundamentais da autoridade política denotam certa constância: a divisão do povo em classes ou camadas, a porfia por poder e prestígio, a distribuição entre correligionários de posições de mando e influência são fenômenos comuns às mais diversas sociedades. Quanto às formas de governo, a classificação legada pelos filósofos gregos – autocracia, oligarquia, democracia – ainda vige em linhas gerais. Não por outra razão James Bryce (1838-1922) escreveu, em seus notáveis estudos sobre o império romano, que “em nenhuma coisa a humanidade é menos inventiva e mais escrava do costume do que em matéria de estrutura social”.

Os vícios e virtudes que os homens expõem na vida pública são mais ou menos os mesmos em todas as épocas. Há certa patologia dos regimes autoritários, nas monarquias e nas democracias. Em suma, a ação política só tem mudado em seus meios e aparências, não em sua substância. Os antigos demagogos de Atenas ou de Roma, Demóstenes ou os Graco, não se distinguem, essencialmente, em sua atividade política, de Mirabeau ou Danton, da Revolução Francesa, de Castro e Nasser, na segunda metade do século passado, nem de figuras de líderes políticos que frequentam o noticiário internacional deste século. Tais similitudes devem-se à uniformidade da natureza do homem por toda parte, em todos os tempos, sempre conduzido pelas mesmas ansiedades, paixões, virtudes e fraquezas.

Não se nega, em face do espectro histórico reiterado, que o pensamento político seja estimulado pelas condições ambientais ou que conserve estreita ligação com as particularidades de época e local. Se esses aspectos são inegáveis, não o é menos o de que o pensamento político transcende as circunstâncias de seu surgimento, contendo interesse e ensinamento para outras épocas. Tal característica se comprova pelo fato de que quase tudo que o homem escreveu sobre política e estado não perde de todo a sua atualidade.

Registram-se coincidências de pontos de vista entre escritores das mais distanciadas épocas e sociedades. Não seria difícil apontar proposições políticas aceitas por todos, as quais podem ser rotuladas como generalizações empíricas, cuja validade universal é atestada pelos séculos. A assertiva de que todo detentor de poder tende a dele abusar não foi verdadeira apenas ao tempo de Montesquieu, mas para todos os que tenham alguma experiência e conhecimento da História. E a prevenção dessa inexorável tendência tem encontrado, em termos gerais, a mesma receita política em todos os tempos: impedir que as alavancas do prestígio

e do poder reúnam-se em uma só mão, devendo-se distribuí-las, inteligentemente, entre as classes sociais e os organismos políticos. Outra coisa não propôs Aristóteles sob a fórmula do governo misto; nem disso divergiu o que praticaram a república romana e a monarquia medieval; ou o que ensinaram Maquiavel e Montesquieu, este apresentando a doutrina da tripartição dos poderes, alçada, não raro, à categoria de cláusula pétrea nas Constituições contemporâneas; ou o que estabeleceram as democracias modernas e pós-modernas, com o processo dos freios e contrapesos constitucionais.

Igual validade anima o princípio de que um inimigo comum aumenta a coesão interna das unidades políticas, do mesmo modo que não se põe em dúvida a verdade, enunciada desde Platão, de que desordens e crises preparam o caminho para um governo de que se espera o restabelecimento da ordem mediante o reforçado exercício da autoridade, a recomendar aos governantes, então, resistência à tentação de fazer uso de meios tão ou mais violentos do que aqueles manejados por organizações criminosas.

Os homens entrelaçam-se em diferentes grupos, desenvolvendo variadas atividades. Somos, simultaneamente, membros de uma família, de um sindicato, de um clube recreativo, de uma igreja, de uma sociedade empresária, de uma instituição pública. A todo momento trocamos experiências e influências com nossos semelhantes e, de certa forma, em graus variados, devemos lealdade a todos esses grupos.

Tais associações e atividades existem em decorrência do caráter sociável da natureza humana, mas a viabilidade e a permanência da vida social dependem de um ordenamento capaz de dar consistência à sociedade. Como erigir esse ordenamento, suas funções, seus limites, a distribuição e a delegação de poderes que o mantenha e dirija, bem como a investidura de sua respectiva autoridade, a elaboração de suas normas diretivas, o grau de sujeição do indivíduo ao sistema, a responsabilização por eventuais abusos de conduta dos agentes públicos – são questões formuladas desde que exista vida social e, portanto, desde que se reconheça a necessidade de organizá-la com o fim de tornar possível a coexistência de pessoas que, conquanto geralmente sociáveis, diferem em personalidades, interesses e objetivos particulares.

Desde que a História o registra, homens pensam em determinar regras que possam ser aplicadas, com êxito, a qualquer grupo, em qualquer lugar, a qualquer tempo, isto é, regras políticas de aplicação universal, ou, ainda, regras ideais de estado e governo, de relacionamento entre governantes e governados, suficientes para fundamentar e guiar a sociedade, tornando-a apta a alcançar a paz e a felicidade, alvo presumível de todos.

Em todas as fases da História, homens idealizaram e tentaram sistemas políticos que canalizassem a natureza humana para o bem comum da sociedade e o bem-estar de seus componentes, e sempre se defrontaram com o dilema entre reconhecer que o homem não passa de lobo de seus semelhantes ou de aceitar que deve e pode voltar-se para o seu próximo com o amor evocado pelos evangelhos. As características e os valores da sociedade contemporânea – sob o bombardeio de conflitos e contradições, amplificado pela instantaneidade das redes sociais informatizadas, para o bem ou para o mal – certamente constituem um desafio diante do qual até a omissão é destrutiva, tanto quanto a ignorância e o desconhecimento em que se pretendam manter populações politicamente imaturas.

## À GUIA DE CONCLUSÃO: O INCREMENTO DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA PÓS-MODERNA DEPENDE DA PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADOS, EM BUSCA DE POSSÍVEIS E PRÉVIOS CONSENSOS

O direito público brasileiro perdeu, em 2017, um de seus mais acatados doutrinadores contemporâneos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, autor de extensa obra acadêmica cinquentenária. Por engenhosa coincidência da história brasileira, Diogo nutria estreitos laços de parentesco biológico com militares que participaram de governos brasileiros nas décadas de 1960, 1970 e 1980, tanto que contribuiu, em vários períodos, com o corpo docente da Escola Superior de Guerra e desempenhou missões culturais de relevo no exterior, designado por tais governantes.

Dedicou-se, ao final de sua octogenária jornada de vida, à elaboração do que seria o primeiro tomo de um tratado de direito administrativo, com o qual, ao lado de ex-alunos e colegas da procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, pretendia encerrar sua contribuição à análise da evolução desse ramo do direito público, tomo esse que veio a ser publicado em 2018. A mensagem de Diogo, ao cabo de um refinado acabamento axiológico de suas ideias, terá sido a de que o direito público pós-moderno, em formação no século XXI, não se limita ao aporte do Estado, nem se esgota na legislação, senão que a ambos transcende.

À guisa de conclusão deste artigo, transcreve-se, a seguir, excerto do posfácio daquela obra, que elaborei em conjunto com Flávio Amaral Garcia, procurador do estado e professor de direito, também ex-aluno de Diogo.

Os alunos de direito público, nos cursos de graduação e de pós-graduação ministrados, nas últimas décadas, em centros acadêmicos de nomeada, tiveram e continuarão a ter, o ensejo de conhecer o que Diogo entendia ser um processo cultural de doma do Estado pela cidadania, a partir do princípio da participação. A doma da onipotência do Estado pelo exercício da cidadania era, ainda é, o que se reconhecia ser o traço distintivo de uma escola de direito administrativo.

Repetem os professores – muitos ex-alunos de Diogo, como os que subscrevemos esta apresentação –, como se pode prever que permanecerão reiterando durante, pelo menos, as próximas duas décadas, à vista da realidade política e cultural do país, que cumpre “Aproximar o administrado de todas as discussões e, se possível, das decisões em que seus interesses estejam mais diretamente envolvidos, multiplicando, paulatinamente, os instrumentos de participação administrativa, com a necessária prudência, mas decididamente, com vistas à legitimação das decisões que, como ensina a ciência política, serão por isso mais aceitáveis e facilmente cumpridas pelas pessoas... Como consectária da participação, a consensualidade aparece tanto como uma técnica de coordenação de interesses e de ações, como uma nova forma de valorização do indivíduo..., parceria que potencializa a ação desses dois atores protagônicos: a sociedade e o Estado” (Mutações de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, p. 22-26).

A tese de Diogo é universal. A participação dos interessados e a consensualidade passam a integrar o devido processo administrativo, tanto que consultas e audiências públicas (*right to a fair hearing* – USA, França, Bélgica, Alemanha, Suíça, México, Argentina) são previstas como integrantes do processo, tanto na Lei federal brasileira nº 9.784/99, art. 32, quanto na lei estadual do processo administrativo fluminense (Lei nº 5.427/09, art. 46), certamente inspiradas pela mesma orientação – No exercício de sua função decisória, poderá a administração firmar

acordos com os interessados, a fim de estabelecer o conteúdo discricionário do ato terminativo do processo, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta lei, desde que a opção pela solução consensual, devidamente motivada, seja compatível com o interesse público.

Arrematava Diogo que “O instituto da audiência pública é um processo administrativo de participação aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da AP, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculativa, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual” (*idem, ibidem*).

O direito positivo brasileiro dos últimos vinte anos também foi aos poucos se impregnando da pregação de Diogo, disseminada por discípulos, ao que se extrai da CF/88, art. 58, § 2º; da Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.472/97, art. 19, III; da Lei de Normas Gerais sobre Licitações e Contratos, nº 8.666/93, art. 39; da Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 9º, § 4º; da Lei do Meio Ambiente, nº 6.938/81, art. 8º, II; da Resolução CONAMA nº 237/97, art. 10, V; da Lei nº 9.427/96, de Energia Elétrica, art. 4º, § 3º; da Lei nº 9.478/97, de exploração e comercialização de petróleo, art. 19; da Lei nº 10.257/01, Estatuto da Cidade, artigos 2º, 4º e 43; da Lei nº 9.868/99 (processo e julgamento de Adin no STF), art. 9º, § 1º; culminando com o acolhimento, pelo Código de Processo Civil promulgado em 2015, da figura do *amicus curiae*, bem como dos princípios da não surpresa e da colaboração, artigos 10 e 15. Releiam-se as linhas introdutórias do que Diogo aspirava que fosse o primeiro volume de um novo tratado de direito administrativo brasileiro, comprometido com a pós-modernidade:

A laboriosa construção de um *Direito Administrativo Pós-Moderno* brasileiro, da qual resultou sua vitoriosa evolução em nosso País, ao transcender de uma tradicional percepção de mera *legalidade* das ações estatais coercitivas unilaterais voltadas à satisfação de interesses públicos pelo Estado e suas agências, para se expandir a uma percepção ampliada e enriquecida da *juridicidade* do atendimento de interesses gerais da sociedade, quer por agentes públicos ou privados, estendido às possibilidades abertas pela ação consensual e cooperativa entre ambos, é uma ciclópica obra enriquecedora que deve ser creditada a toda uma geração de administrativistas criativos, que se ocuparam entre nós, desde a Segunda Guerra Mundial, de perfazer essa exitosa transição com seus estudos e aportes científicos, graças aos quais toda e qualquer Ciência sobrevive e viceja atual e prestante... A essa plêiade se roga vênias para destacar três momentos... [dessa] transição do Direito Administrativo Moderno para o Pós-Moderno... com a qualidade requerida e uma fácil absorção dos novos paradigmas transformadores. A *Era Moderna*, que se estendeu do Renascimento até o Século XX, se esgota, convencionalmente, com o fim da *belle époque* e do período de paz que antecedeu a 1ª Guerra Mundial, em 1914, com as grandes mudanças culturais que, desde então, nos vem tornando a vida civilizada cada vez mais complexa e problemática, como bem descreve e estuda JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, filósofo francês, assim batizando esta Era, que adentramos, em sua obra *A condição Pós-Moderna* (1979). Encompassando todo o espectro cultural no curso dessa transição de Eras, o Direito não ficou à margem das *mudanças de paradigmas* que se sucederam, envolvendo a ciência, a literatura, as artes e, de modo geral, a convivência social, senão que os absorveram, na configuração de novos *princípios jurídicos*, a espelhar os valores

capitais provindos da Política e da Sociologia, que substituiriam os modelos estatocêntricos e autoritários, inerentes à tradição regaliana, já longa de cinco séculos. O término da Segunda Guerra Mundial, na metade do Século XX, abriria as condições culturais e políticas para um processo de *juridicização pós-moderna* em escala global, iniciada logo depois do Armistício de 22 de junho de 1940, gerando benéficos reflexos sobre o Brasil, que, incitado pela repatriação da Força Expedicionária Brasileira, vitoriosa sobre o autoritarismo nazifascista, provocou a redemocratização e a reconstitucionalização do País e, graças a ambas, a institucionalização de um Direito Público inspirado pelos novos valores trazidos pela Pós-Modernidade, neles destacados e fundamentalmente os da *democracia e dos direitos humanos*” (op.cit.).

Atravesse-se, aqui, a ponte entre a saudade e a posteridade – do passado recente ao futuro previsível –, estendida pelo compromisso de Diogo com a dignidade humana.

Os direitos humanos são direitos subjetivos cujo titular exclusivo é a pessoa humana. São oponíveis, de um lado, ao Estado (e subsidiariamente à comunidade internacional); de outro, aos demais indivíduos e diferentes grupos que integram. Em outras palavras, os direitos do homem estão hoje inseridos no direito positivo e o seu descumprimento é objeto de sanções.

Definidos nas constituições nacionais e nos principais instrumentos internacionais (como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948), esses direitos são de ordinário agrupados em duas categorias, ao que registra o Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito (Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p. 272-273):

(i) os direitos civis e políticos, que visam, em primeiro lugar, proteger a integridade, a liberdade e a segurança da pessoa humana (como direito à vida, a proibição de tortura, o direito à justiça, à liberdade de pensar e à liberdade religiosa, além do direito de voto); essa primeira categoria de direitos, qualificada de “direitos-faculdades” ou “direitos-autonomia”, delimita a esfera de liberdade e de iniciativa da pessoa humana que o estado deve respeitar, abstendo-se de intervir, a não ser para salvaguardá-la;

(ii) os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem uma atuação específica por parte da sociedade e por parte do estado (como o direito ao trabalho, à seguridade social, a um nível de vida suficiente, à proteção da saúde, à educação e à cultura); essa segunda categoria de direitos, chamada também de “direitos-crédito” ou de “direitos-participação”, abrange o campo das condições necessárias para assegurar o bem-estar e o florescimento da pessoa humana no seio da sociedade e implica a intervenção do estado na qualidade de devedor de prestações que tornem efetivos aqueles direitos para todos, sem exclusão.

Paralelamente a essa classificação, que corresponde à evolução histórica do rol dos direitos reconhecidos, é possível distinguir entre os direitos fundamentais do homem e os outros direitos humanos que devem ser preservados a qualquer tempo e em qualquer lugar, quaisquer que sejam as circunstâncias. São os direitos mais elementares, como o direito à vida e à integridade da pessoa, acerca dos quais nenhuma derrogação é permitida nas convenções internacionais, de sorte a concluir-se que os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes.

Não obstante, o reconhecimento dos princípios e das normas pela comunidade internacional não resolve o problema do fundamento dos direitos humanos,

mas apenas o posterga. Persistem justificações que diferem e interpretações que divergem. Resultam incerteza e fragilidade do conceito.

O processo de universalização dos princípios e das normas choca-se também com a diversidade das culturas às quais estes se pretendem aplicar, considerando, ademais, que esse movimento provém de circunstâncias históricas que afetam as sociedades, desafiadas a escolher um sistema de organização política que permita a concretização desses direitos.

As garantias continuam insuficientes, ineficazes ou mesmo inexistentes no âmbito nacional; os sistemas internacionais de proteção permanecem subdesenvolvidos, mesmo que se tenham logrado avanços em certas regiões, notadamente no âmbito do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos, e novos caminhos se abram em outras regiões (como o que foi inaugurado com a entrada em vigor da Carta da África dos Direitos Humanos dos Povos, já ao findar do século XX). O desrespeito tão comum aos direitos humanos coloca em questão o caráter “operário” das normas universalmente definidas e a sua credibilidade.

Frente a esses desafios contemporâneos e em face daqueles especificamente ligados ao progresso das ciências e das técnicas, aos novos meios de comunicação, aos problemas do desenvolvimento e da paz, os direitos humanos carecem de pontos de apoio inafastáveis e inadiáveis nas ordens jurídicas internas. Daí a relevância da participação e do consenso.

Em primeiro lugar, a universalidade que caracteriza o reconhecimento das normas constitui evolução de raiz; além das diferentes concepções e ideologias, concerta-se um tipo de acordo com objetivos pragmáticos que faz com que a Declaração Universal dos Direitos do Homem seja referida praticamente em todos os pontos do globo. E sobre essa base constrói-se um edifício normativo em nível mundial e regional, a consagrar a definitiva inserção dos direitos humanos no direito positivo. Não somente as normas são definidas com precisão cada vez maior, mas as modalidades de sua efetivação estão incluídas em instrumentos internacionais juridicamente obrigatórios para os Estados que os ratificam, em número crescente.

Os direitos humanos não mais traduzem apenas um “estado de alma” ou um devaneio, porém estão inscritos na maioria das constituições e nos tratados, e se transformaram em uma *realidade jurídica*. A opinião pública mundial, representada na cena internacional pelas organizações não governamentais, desempenhou um papel essencial nesse evoluir normativo, e é nele que continua a repousar, em grande parte, o progresso da etapa atual: a da aplicação concreta do direito efetivo.

Na medida em que os direitos humanos correspondem a uma reivindicação universal, devem, quaisquer que sejam as particularidades de sua emergência histórica, encontrar raízes na diversidade das culturas, bem assim procurar contribuir para o enriquecimento de um conceito cujo monopólio não pertence a nenhuma delas. Mais do que a universalidade, é o potencial de inovação que está em questão.

A redemocratização do país ensejou a elaboração da Constituição vigente de 1988. Seu Título II dedica-se aos “Direitos e Garantias Fundamentais”. O Capítulo I é intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; o Capítulo II alude aos “Direitos Sociais” e o capítulo IV, aos “Direitos Políticos.” O que se pode observar, averbava o saudoso Celso de Albuquerque Melo, “é a predominância de uma ótica que podemos considerar como pertencendo ao liberalismo, que é o estabelecimento de uma distinção entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos sociais, de outro. Não há dúvida de que é uma divisão metodológica,

mas que significa uma diferenciação e se esquece de que na realidade os direitos humanos são indivisíveis. A realização de um depende da efetivação do outro. De um modo geral, o Brasil conta com um bom texto constitucional sobre os direitos humanos, bem como tem ratificado os principais tratados sobre o tema. Contudo, há uma imensa distância entre a Constituição, os tratados e a realidade. No caso da Carta Magna, falta implementá-la; em relação aos tratados, falta ao Poder Judiciário aprender a aplicá-los. O Direito Internacional Público é ignorado pelos juristas brasileiros. Vários tratados não foram implementados pela legislação brasileira, como, por exemplo, as convenções de direito humanitário de 1949, que ratificamos a mais de 40 anos. Os direitos humanos são, ainda, privilégio de uma pequena parcela da população” (*in* Dicionário *cit*, p. 275-276).

Outro ângulo sob o qual se deve perscrutar o tema é o de sua utilidade para o manejo da administração responsiva e de resultados, no estado democrático de direito. Expressando este, como expressa, a contemporânea versão do estado servidor e regulador, é de exigir-se que todos os seus poderes, órgãos e agentes estejam persuadidos de que devem respostas e satisfações à sociedade civil. Ou seja, esta é a titular do poder político de decidir sobre os seus próprios destinos, incumbindo àqueles realizá-los na conformidade das opções da sociedade, na medida em que harmonizadas com a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais que consagra e prescreve.

Em outras palavras, os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos elevados à Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do estado.

Essa fidelidade há de estar presente em todos os níveis do planejamento. Cada plano de ação governamental deve ser uma resposta à efetivação dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade humana que os inspira. Se assim não for, não haverá estado democrático de direito, nem a administração responsiva e de resultados que lhe deve corresponder.

Nada obstante, há uma condição cultural, em seu sentido sociológico, para que tal ocorra: a sociedade há de emancipar-se da polarizada relação entre tutores e tutelados, que caracteriza a cultura brasileira desde o seu berço colonial. Entendendo-se por tutor todo aquele que ocupe posição de prestígio e poder na hierarquia social – seja qual for a natureza dessa hierarquia – e por tutelado todo aquele que se socorra do tutor para obter vantagem ou proteção de toda sorte.

Não seria necessária maior digressão para perceber-se como essa relação compromete a emancipação da sociedade brasileira; basta lembrar os critérios segundo os quais grande número de candidatos se elege, por prometer vantagens e ganhos pessoais a seus eleitores (material de construção, empréstimos, empregos, cargos, apadrinhamentos, atendimentos pelos serviços públicos etc.). O socialmente patológico dessa relação está em que o tutor compraz-se em ser tutor e o tutelado anseia por encontrar o seu tutor e permanecer como tutelado. Em outras palavras: emancipação não há, nem espaço há para o mérito nessa relação, prevalecendo os interesses egoísticos. Logo, tampouco há real preocupação em controlar e avaliar

resultados, com o fim de dar-se início a novo ciclo virtuoso de gestão mediante a correção de erros acaso cometidos no planejamento da ação anterior, na medida em que esses erros refletem aqueles interesses personalistas e partidários, distantes do interesse público e do bem comum.

Sobrelevam, mais uma vez, os direitos humanos como norte inspirador do direito justo e este como resultado esperável da ordem jurídica. Na qualidade de garante da dignidade das pessoas e do respeito devido a seus direitos fundamentais, erguem-se os agentes públicos entre os principais protagonistas dos esforços tendentes a converter a pauta enunciada desses direitos na Constituição e nas leis em realidade pulsante do cotidiano da cidadania. Há de retratá-lo em todas as suas escolhas e na gestão de todos os seus meios organizacionais, materiais e de pessoas. Que este último texto de Diogo de Figueiredo Moreira Neto os guie – agentes públicos ou não, posto que cidadãos todos são – nesse desafio da adolescente história da pós-modernidade. 

## REFERÊNCIAS

- ADISESHIAH, Malcom. *O papel do homem no desenvolvimento*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1973.
- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 15. ed., 1972.
- DUVERGER, Maurice. *Sociologia Política*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- KELLER, Suzanne. *O Destino das Elites*. Trad. Luís Cláudio de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- LIPSON, Leslie. *Os Grandes Problemas da Ciência Política*. Trad. Thomaz Newlands Neto. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MADDICK, Henry. *Democracia, Descentralização e Desenvolvimento*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- MAISONNEUVE, Jean. *Introduction à la Psychosociologie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.
- MARSHALL, T. H. *Política Social*. Trad. Meton Gadelha. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1967.
- MERTON, Robert. *Sociology Today*. New York: Basic Books Inc., 1959.
- MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- NOVAES, Paulo. *Economia e Recursos Humanos*. Rio de Janeiro: Renes, 1971.
- PALLIERI, Giorgio Balladore. *Doutrina do Estado*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.
- POPPER, Karl. *A Sociedade Democrática e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Rio de Janeiro: Itatiaia, 1959.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *Ideologia e Ciência Política*. Bahia: Livraria Progresso, 1953.
- SAMUELSON, Paul. *Introdução à Análise Econômica*. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Agir, 8. ed., vol. I, 1975.
- SCHILLING, Kurt. *História das Ideias Sociais*. Trad. Fausto Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.
- SORAUF, Francis. *Iniciação ao Estudo da Ciência Política*. Trad. Waltencir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- TOYNBEE, Arnold. *De Leste a Oeste*. Trad. Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 1959.



ARQUIVO PESSOAL

**JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR** é desembargador, professor emérito e coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo, da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**Associação Paulista dos Magistrados – Natureza jurídica da entidade sem fins lucrativos, assegurada a sua imunidade tributária por força dos artigos 150 inciso VI “c” e 146 inciso II da Constituição Federal e artigo 14 do CTN – Súmula 724 do STF e Súmula Vinculante 52 do STF – Impossibilidade de exigência do ISS pela municipalidade de São Paulo – Opinião legal.**

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES



**“Para efeitos de reconhecimento da imunidade tributária, todas as atividades Sociais decorrentes de entidades, de cunho Social como é o caso da Consulente, destinadas a arrecadar valores para custeio de suas atividades, inclusive alugueis, estão abrangidas pela desoneração constitucional, assim como o patrimônio, renda e serviços, conforme entendimento ampliativo do Supremo Tribunal Federal (art. 150, VI, “b” e “c” e §4º da CF), estão abrangidos pela imunidade tributária, não podendo sofrer incidência de Impostos.”**

**C**onsulta-nos a Associação Paulista de Magistrados – APAMAGIS por meio de seu eminente Presidente, Dr. Fernando Figueiredo Bartoletti, sobre questões relacionadas com a exigência de ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, sobre os serviços prestados a seus associados, dependentes e familiares e também sobre aluguéis recebidos, cujos valores são revertidos, integralmente, nos objetivos institucionais da entidade, se estariam abrangidos pela imunidade tributária a que faz menção o art. 150, inciso VI, letra “c” da Constituição Federal, em face da divergência de interpretação da desoneração tributária, por parte da fiscalização da Municipalidade de São Paulo – Capital.

Relata que a Entidade sofreu diversas autuações fiscais, tendo sido apresentadas defesas administrativas que foram em algumas delas mantidas a exigência fiscal e agora está discutindo a questão por meio de Ação Declaratória, cumulada com Ação Anulatória de Lançamentos Fiscais, pelo Procedimento Ordinário, perante a 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo – Processo nº 1050552-94.2017.8.26.0053 e também nas Execuções Fiscais nº 1561577-33.2017.8.26.0090 (CDA nº 545.289-8/2017-0) e nº 1558449-05.2017.8.26.0090 (CDA nº 553.694.4/2017-7), perante a Vara de Execuções Fiscais Municipais e pede nossa opinião sobre as seguintes questões, assim formuladas:

1ª) Considerando a Natureza Jurídica da APAMAGIS de Associação sem fins lucrativos, é imune de tributação do ISS, na prestação de serviços a seus associados e familiares?

2ª) Em relação aos aluguéis recebidos de associados ou familiares, de salão de festas e das quadras de tênis e de exploração de estacionamento, sendo que todo o valor recebido a esses títulos, são aplicados integralmente nos seus objetivos institucionais, se estariam tais valores abrangidos pela imunidade tributária?

## RESPOSTAS

Antes de responder as indagações da Consulente, é preciso tecer algumas considerações sobre a imunidade tributária e a natureza jurídica da APAMAGIS.

A Consulente é Associação Civil, sem finalidade lucrativa, que teve origem na Sociedade Beneficente de Magistrados, fundada em 19 de fevereiro de 1953, por um grupo de Juízes que se reuniu com o propósito de constituir uma entidade com a finalidade de proporcionar a seus associados assistência pessoal e material de forma gratuita.

Conforme o Estatuto Social da Consulente, suas finalidades, e beneficiários, constam dos arts. 2º, 3º, 4º, 6º e 12, assim redigidos:

**Art. 2º** – São finalidades da APAMAGIS:

- I – Constituir-se em entidade representativa de seus associados;
- II – Propiciar auxílios e benefícios aos associados e seus dependentes, diretamente ou por ajustes com terceiros;
- III – Promover atividades sociais, culturais, científicas, recreativas e esportivas, para os associados e seus dependentes;
- IV – Colaborar com a direção do Poder Judiciário do Estado, sempre que possível;
- V – Defender a magistratura e os direitos e interesses funcionais dos associados;

VI – Manter intercâmbio dentro dos limites estatutários, com Universidades, Academias e Associações congêneres do País e do Exterior;

VII – Promover a defesa dos direitos difusos e coletivos relacionados a interesses da Magistratura.

Parágrafo único – A APAMAGIS não poderá manifestar-se sobre assuntos estranhos às suas finalidades, vedado seu envolvimento em questões político-partidárias ou religiosas, nem lhe serão imputadas ideologias ou atividades pessoais dos associados. A Sede Social somente será utilizada para atos previstos neste Estatuto e em Regulamentos.

Art. 3º Integram a APAMAGIS:

I – O Fundo de Pecúlio

II – O Fundo de Emergência

III – A Caixa de Assistência Médica e Hospitalar – CCH

IV – A Caixa Mútua dos Magistrados.

Parágrafo único: Em qualquer deles poderá inscrever-se o associado da APAMAGIS, sendo condição para manter-se, o vínculo associativo.

Art. 4º O Fundo de Pecúlio é formado pela contribuição obrigatória dos associados, por doações em dinheiro e subvenções recebidas, e tem por objetivo assegurar um pecúlio à família do associado falecido, independente da causa da morte.

Art. 6º Ao ingressar na APAMAGIS o associado deverá indicar livremente o(s) beneficiário(s) do fundo de pecúlio, inclusive a distribuição dos percentuais, e poderá, a qualquer tempo, alterar o rol de beneficiários ou o percentual destinado, por escrito.

Art. 12. Consideram-se dependentes do associado:

I – Exclusivamente para frequentar a Sede Social e as dependências da APAMAGIS, e usufruir dos benefícios por ela proporcionados:

a) o cônjuge ou convivente, enquanto durar o relacionamento;

b) os filhos solteiros e os casados admitidos como dependentes agregados, os enteados, tutelados e pais dependentes;

c) os menores que viverem em companhia do associado, em relação de dependência devidamente comprovada;

d) os netos solteiros até 21 (vinte e um) anos de idade e que os que ultrapassarem tal idade, como dependentes agregados;

e) pais, irmãos, sogro, sogra, genro e nora de associado, na qualidade de dependentes, exceto para integrar planos de assistência de saúde, que tem regras próprias.

II – Exclusivamente para fins de participação nos Planos de Benefícios Previdenciários do Fundo de Pensão Multinstituído por Associação do Ministério Público e da Justiça – JUSPREV

a) Os dependentes enumerados nas letras a, b, c e d do inciso I;

b) Os dependentes JUSPREV, aquele que indicado pelo associado à Diretoria Executiva e que com ele guarde relação de parentesco ou mantenha algum vínculo afetivo.

Na consecução de suas atividades, a Consulente necessita de Certidões Negativas de Débito de Tributos Municipais, de forma permanentemente válidas e ou Certidões Positivas com Efeito de Negativas, desses tributos municipais, que são essenciais à realização de Convênios, ao recebimento de repasse de patrocínios, enfim, à realização das atividades institucionais.

Nada obstante, ao iniciar o procedimento de renovação de suas certidões, tomou conhecimento da existência de débitos relativos ao ISS – Imposto sobre

Serviços de Qualquer Natureza, dos períodos de 01/2010 a 12/2014, acrescidos de multas e demais consectários legais, conforme Processo Administrativo nº 6017.2015/004107-5.

Ao tomar ciência do referido processo, a Consulente constatou que os autos de infração originários dos referidos débitos foram lavrados por cautela, tendo permanecido suspensos até a conclusão do Processo Administrativo nº 2014.0.205.545-1, relativo ao pedido de reconhecimento de imunidade tributária do IPTU – exercício 2014.

No caso da Consulente, embora os autos de infração lavrados se encontravam suspensos, passaram a impedir a renovação da Certidão requerida, razão pela qual, solicitou vista do Processo Administrativo 2014.0.205.5451, em 05/2017, ocasião em que constatou que o seu pedido de reconhecimento de imunidade havia sido indeferido, e que houve extensão de ofício, do indeferimento do reconhecimento de imunidade, para os exercícios de 2010 a 2015, ao argumento de que “o contribuinte não logrou comprovar atender aos requisitos previstos no art. 150, VI “c” da CF, tendo em vista a não universalidade dos serviços prestados, visto que somente seus associados se beneficiam destes, fato que descaracteriza a entidade como de assistência social”.

Esse entendimento da Municipalidade de São Paulo é de todo equivocado, uma vez que fundado em exigência não prevista na Constituição Federal, assim como em pressupostos já afastados pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a Consulente é entidade sem finalidade lucrativa, constituída para promover a assistência social de seus associados e familiares, que cumpre integralmente todos os requisitos para usufruir da imunidade tributária outorgada pela Constituição Federal e pela lei complementar por cumprir os requisitos dos arts. 9º e 14º do Código Tributário Nacional, em relação a impostos, configurando vício de lançamento ao ser exigido ISS, de entidade imune como é a natureza jurídica da entidade Consulente.

## **A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA OUTORGADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**

A Constituição Federal, ao definir o Sistema Tributário Nacional e a competência tributária, estabelece certas desonerações para fins de preservar valores que são inerentes ao perfil de Estado Democrático de Direito, adotado pelo país. Tais desonerações são as imunidades tributárias que estão fora da competência tributária representando verdadeiras limitações ao poder de tributar, a teor do art. 150, VI “c” da CF, *verbis*:

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos de lei”.

Os requisitos exigidos pela expressão “atendidos os requisitos de lei”, da norma constitucional, acima transcrita, deve ser os requisitos estabelecidos pela lei complementar, na forma estabelecida pelo art. 146, II da Constituição Federal que estabelece:

“Art. 146 – Cabe à lei complementar:

(...)

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”.

E a lei complementar exigida na interpretação da Suprema Corte, é o Código Tributário Nacional, recebido pela Constituição Federal de 1988, como lei complementar, que em seus artigos 9º e 14 veda a exigência de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços de instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos (art. 9º, IV “c”), estabelece os requisitos que devem ser observados para usufruir de imunidade tributária, (art. 14), assim redigidos:

“Art. 9º – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV – cobrar impostos sobre:

(...)

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na seção II, deste Capítulo”. (Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10.1.2001).

E o art. 14 do CTN, está assim redigido:

“Art. 14 – O disposto na alínea IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título”. (Redação dada pela Lei Complementar nº 104 de 10.1.2001;

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. (grifamos)

E a Consulente tem cumprido rigorosamente os requisitos da lei complementar, estabelecidos pelos arts. 9º e 14 do CTN, conforme Certidões que atestam o reconhecimento da imunidade tributária.

Tanto que a Lei Municipal nº 6.989/66, em seu art. 6º, inciso I, em cumprimento a norma constitucional, sobre a desoneração de imposto preceitua que:

“Art. 6º – O imposto não incide:

I – nas hipóteses de imunidade previstas na Constituição Federal, observando, sendo o caso o disposto na lei complementar”.

Assim, é certo que a Consulente é entidade imune de tributação de impostos, na forma prevista pelo art. 150, VI “c” da CF, uma vez que atende os requisitos

estabelecidos pelos arts. 9º e 14 do CTN, razão pela qual foi declarada de “utilidade pública” Municipal, pelo Decreto nº 09.192 de 15/12/1970, tendo cumprido a Lei Municipal nº 12.520, de 25/11/1997, devidamente analisada por meio do Processo nº 2015-0.197.545-1, mantendo o mérito Social e, conseqüentemente, o “Título de Utilidade Pública Municipal”, renovado em 14/03/2016, mantido pelo prazo de 3 (três) anos.

A Consulente foi também declarada de “utilidade pública” pelo Estado, conforme Lei Estadual nº 5.092 de 30/12/1958.

O que comprova sua condição de entidade imune com mérito Social, por cumprir os requisitos de lei.

Resulta, portanto, que o art. 150, VI “c”, da CF, instituindo imunidade, somente pode ser disciplinado por lei complementar, nos termos do art. 146, II da CF, sendo a lei ordinária veículo legislativo inadequado para essa finalidade, e, ainda que assim não fosse – o que se admite a guisa de argumentação – a legislação infraconstitucional não pode impor restrições não previstas no texto Supremo.

Note-se que, atendidos pela Consulente os requisitos estabelecidos pela Lei complementar para o gozo da imunidade, falece competência tanto à legislação infraconstitucional, como à Autoridade Administrativa para impedir a fruição do estímulo, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos autos das ADIs nºs 2028, 2036, 2228 e 2621, que tiveram por objeto suscitar, em controle concentrado, a inconstitucionalidade da legislação ordinária editada até novembro de 2009, ao pretender regular a imunidade das contribuições sociais, a que faz menção o art. 195, § 7º da CF, uma vez que, segundo o art. 146, II da CF, a imunidade tributária só pode ser regulada por LEI COMPLEMENTAR.

À falta dessa lei específica, a Jurisprudência do STF, de longa data, estabeleceu que os requisitos para disciplinar a matéria seriam os mesmos mencionados pelo art. 14 do Código Tributário Nacional, que já regula as imunidades de tais entidades quanto a impostos, prevista no art. 150, VI, “c” da CF.

Não obstante, a legislação ordinária, a pretexto de estabelecer infundáveis condições para o reconhecimento da imunidade e para expedição de certidões, documento imprescindível para a celebração de contratos e convênios com entidades públicas, vem instaurando evidente insegurança jurídica criando entraves não apenas à obtenção desse documento mas ao próprio gozo da imunidade, o que levou o Ministro Marco Aurélio de Mello a reconhecer o abuso e submeter a matéria ao regime de repercussão geral no RE nº 566.622, que trata do mesmo objeto das ADIs 2028, 2228 e 2126, ou seja, a impossibilidade de a legislação ordinária criar condições para o gozo da imunidade de que trata o art. 195, § 7º da CF, aplicável também a impostos (art. 150, VI “c” da CF.) Colhe-se do brilhante voto de Sua Excelência o seguinte:

“Da necessidade de interpretar teleologicamente as imunidades tributárias, amplamente reconhecida pelo Supremo como meio ótimo de realização dos valores e princípios subjacentes às regras imunizantes, ressalta o dever corolário de interpretar estritamente as cláusulas restritivas relacionadas, inclusive a constitucional.

Daí advém a reserva absoluta de lei complementar, conforme o art. 146, inciso II, da Carta de 1988, para a disciplina das condições referidas no § 7º do art. 195, sob pena de negar seja a imunidade discutida uma “limitação ao poder de tributar”.

Cabe à lei ordinária apenas prever requisitos que não extrapolem os estabelecidos no Código Tributário Nacional ou em lei complementar superveniente, sendo-lhe vedado criar obstáculos novos, adicionais aos já previstos em ato complementar.

Não pode prevalecer a tese de constitucionalidade formal do artigo sob o argumento de este dispor acerca de constituição e funcionamento das entidades beneficentes. De acordo com a norma discutida entidades sem fins lucrativos que atuem no campo da assistência social deixam de possuir direito à imunidade prevista na Carta de República enquanto não obtiverem título de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal, bem como Certificado ou Registro de Entidades ou Fins Filantrópicos fornecido, exclusivamente, pelo Conselho Nacional do Serviço Social.

Ora, não se trata de regras procedimentais acerca dessas instituições, e sim de formalidades que consubstanciam “exigências estabelecidas em lei ordinária” para o exercício de imunidade. Tem-se regulação do próprio exercício da imunidade tributária em afronta ao disposto no art. 146, inciso II, do Diploma Maior.

Sob o pretexto de disciplinar aspectos das entidades pretendentes à imunidade, o legislador ordinário restringiu o alcance subjetivo da regra constitucional, impondo condições formais reveladoras de autênticos limites à imunidade. De maneira disfarçada ou não, promoveu regulação do direito sem que estivesse autorizado pelo art. 146, inciso II, da Carta.

Não impressiona a alegação da necessidade de tal disciplina para evitar que falsas instituições de assistência social sejam favorecidas pela imunidade. (...) os requisitos estipulados no art. 14 do Código Tributário Nacional satisfazem, plenamente, o controle de legitimidade dessas entidades a ser implementado pelo órgão competente para tanto – a Receita Federal do Brasil. O § 1º do aludido art. 14 permite, inclusive, a suspensão do benefício caso seja atestada a inobservância dos parâmetros definidos.

(...) os requisitos previstos nos incisos I e II do art. 55 da Lei nº 8.212 de 1991, não implicam controle, pelo órgão competente, capaz de levar à adoção da medida suspensiva, mas condições prévias, impeditivas do exercício da imunidade independente de verificar-se qualquer irregularidade, e cuja satisfação defende da atuação de um órgão burocrático, sem função de fiscalização tributária, denominado Conselho Nacional de Assistência Social. Isso não significa que as entidades beneficentes não devam ser registradas sem órgãos da espécie ou reconhecidas como de utilidade pública. O ponto é que esses atos, versados em lei ordinária, não pode ser, conforme o artigo 146, inciso II da Carta, constitutivos do direito à imunidade, nem pressupostos anteriores do exercício deste. Possuem apenas eficácia declaratória, de modo que a negativa de registro implique motivo suficiente para a ação de controle pelo órgão fiscal – a Receita Federal do Brasil – ao qual incumbe a verificação do não atendimento às condições materiais do artigo 14 do mencionado Código”

sendo aprovada, por maioria, a tese da repercussão geral (Tema 32), nos seguintes termos: “Os requisitos para o gozo de imunidade não de estar previstos em lei complementar”.

Verifica-se que o abuso apontado no voto do Ministro está efetivamente ocorrendo no caso da Consulente, em que a autoridade nega o reconhecimento da imunidade com base na legislação ordinária, cujo escopo é estabelecer “técnicas” para a expedição de CERTIDÕES com o nítido intuito de obstar as atividades da Consulente quer na assinatura de contratos com o poder público, quer no gozo da imunidade, fazendo tabula rasa do fato de que as decisões exaradas em controle concentrado e em incidente de repercussão geral têm efeito *erga omnes*

e vinculante para o Judiciário e para a Administração, conforme art. 103-A da CF atalhando situações como a retratada no presente processo, de arbitrária negativa de expedição do certificado com vista a prejudicar as atividades da entidade e, por consequência, impedir o gozo da imunidade.

Quanto a eficácia imediata dessas decisões do STF, a própria AGU já se manifestou a respeito de forma imperativa, em diversos pareceres, entre os quais, o Parecer 00144/2017/GAB/SGCT/AGU, estabelecendo a orientação a ser tomada pela Administração, em cumprimento aos julgados, conforme se verifica da ementa, abaixo transcrita, em que são expressamente referidos dispositivos legais que alteraram a redação do art. 55, II da Lei 8212/91:

“EMENTA: Parecer de força executória. Julgamento em conjunto das ADI’s 2.228 e 2.621. Parcial procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º, inciso IV; 3º, inciso VI, § 1º e § 4º; art. 4º, parágrafo único, todos do Decreto 2.536/1998; assim como dos arts. 1º, inciso IV; 2º, inciso IV, e § 1º e § 3º; e 7º, § 4º, do Decreto 752/1993. Decisão provisória. Ordem imperativa. Exequibilidade imediata.”

As decisões emanadas pela Suprema Corte cancelam o entendimento de que, deixar à legislação ordinária a edição de normas regulamentadoras, acaba por colocar nas mãos do legislador ordinário meios para direta ou indiretamente impedir o gozo da imunidade, frustrando a norma constitucional.

Basta lembrar os fatos que levaram à edição da MP 446 e que terminaram por levar o Executivo a considerar aprovados todos os pedidos de emissão e de renovação de certificados em vias de apreciação, ante a alternativa de indeferir-los em bloco, dado o volume e a morosidade de tramitação de processos perante a autoridade administrativa, prejudicando incontáveis entidades.

A exposição de motivos que acompanhou essa medida provisória prova os obstáculos que tal poder regulamentador pode causar na atuação das entidades beneficentes de assistência social, até por que as autoridades administrativas encaram a emissão de tais certificados como condição de sua HABILITAÇÃO ao gozo da imunidade, quando cumpre ao estado, no máximo, declarar o direito à desoneração, que advém do próprio texto constitucional, em face da atividade assistencial desempenhada pelo particular.

Nada mais precisa ser dito ante a clareza de tal entendimento que, certamente, será capaz de pacificar a matéria e impedir a perpetuação da proliferação do contencioso sobre o tema, diminuindo, assim a situação de insegurança jurídica que se combate nessas ações, em prejuízo dos objetivos constitucionais.

## **A INEGIBILIDADE DO ISS NAS ATIVIDADES DA CONSULENTE QUE GOZA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA**

O débito de ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, originário dos diversos autos de infração lavrados, por entender a fiscalização que a Consulente teria praticado atividades enquadradas nos seguintes Códigos de Serviços constantes da Lista Anexa a LC 116/2003:

3.03 – “Exploração de salões de festas, centro de convenções (...) quadras esportivas, estádios, ginásios (...) para realização de eventos ou negócios de qualquer natureza”.

9.02 – “Agenciamento, organização, promoção, intermediação e execução de programas de turismo, passeios, viagens, excursões, hospedagens e congêneres”.

10.01 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de câmbio, de seguros, de cartões de crédito, de planos de saúde e planos de previdência privada”.

Referidos itens da Lista de Serviços correspondem aos Códigos de Serviços nºs 7773; 7129 e 6050, respectivamente, que serviriam de base para lavratura dos autos de infração.

Ocorre que referidas atividades não foram praticadas pela Consulente a terceiros, mas tão somente a seus associados e familiares, estando imune de tributação, em razão da natureza jurídica da entidade Consulente, de caráter Social sem fins lucrativos, com atuação em favor de seus associados, como consta do Estatuto Social, e portanto, não pode ser enquadrada pela fiscalização, como se fosse empresa com finalidades lucrativas.

No caso da Consulente, toda a sua atuação é feita em favor de seus associados, dependentes e familiares. Não se trata de entidade aberta ao público em geral, mas restrita a seus associados, e nessa qualidade pratica atividades de cunho Social, uma vez que não visa obter lucros.

Por esta razão, não subsiste a pretensão de ser afastada a imunidade tributária da Consulente, sob o fundamento de que suas atividades não apresentam os requisitos de universalidade e gratuidade, como pretende a Municipalidade de São Paulo, uma vez que tais exigências não constam daquelas disciplinadas e previstas pelo art. 14 do Código Tributário Nacional.

Não fosse isso suficiente, para comprovar o errôneo entendimento da Municipalidade, não se pode exigir de uma entidade, sem fins lucrativos, a universalidade e a gratuidade da atuação, uma vez que nem o Estado, com todo o seu poder de atuação, não consegue garantir a todos as provisões necessárias a uma vida digna.

O objetivo da Consulente, portanto, é expandir ao máximo sua atuação, razão pela qual concede benefícios não só aos magistrados, mas também a seus dependentes e familiares, nos limites de seu orçamento.

Por outro lado, a contribuição exigida de seus associados é condição necessária para que tenha recursos para suas atividades e portanto não poderia custear os benefícios que concede a seus associados, a toda população em geral, uma vez que seus recursos são arrecadados de forma certa e definida, para atender os seus objetivos institucionais.

No caso da Consulente, inexistente obrigação de a entidade estar aberta à população em geral, pois ainda que prestando serviços exclusivamente a seus associados, dependentes e familiares, não se revela caráter restritivo, por abranger um universo significativo de pessoas entre associados, dependentes, familiares e funcionários, ou seja, um contingente mais amplo que apenas os seus associados.

Com efeito, não existe na lei complementar que define os requisitos para o gozo da imunidade, a obrigatoriedade de prestação universal e gratuidade de serviços assistenciais ou educacionais.

Assim, entendemos que não é necessário para fruição do benefício tributário da imunidade que as entidades com a natureza da Consulente prestem serviços gratuitos e universais a toda comunidade.

Esse entendimento é também acolhido por José Eduardo Sabó Paes, ao afirmar:

“Existem, ainda, diversas entidades de caráter assistencial com âmbito de atuação delimitado a certa coletividade, o que não contraria o caráter de sua atividade assistencial. Não há possibilidade de se deixar de reconhecer a imunidade tributária de instituições que desempenham atividades de assistência social de âmbito delimitado, como é o caso de algumas fundações e associações, que atuam em atividades de assistência social dirigida a um determinado grupo. Tais entidades auxiliam o estado na prestação de serviços de assistência social e, como tal, tem o direito ao reconhecimento de sua imunidade tributária. Assim, desde que se enquadre a pessoa jurídica como instituição de educação ou assistência social e preencha os demais requisitos estabelecidos em lei, não se constituirá o crédito tributário em seu desfavor. (in *Fundações e Entidades de Interesse Social – Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*, págs. 439/440). (Grifo da Autora)

Ademais o Egrégio Supremo Tribunal Federal, de longa data, já acolheu o entendimento no sentido de que não perde a característica de entidade assistencial o fato de ser circunscrita à área de sua atuação, como se constata no Acórdão proferido no julgamento do RE nº 108.796-0. Merece destaque o seguinte trecho desse julgado, extraído do voto condutor:

“Entende o órgão recorrido que, destinando-se só ao grupo de pessoas vinculadas às empresas patrocinadas, não tem a Fundação fim público”.

Esse argumento já foi enfrentado no voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, no RE 89.012-SP, julgado nesta Turma em 14.4.78. Disse então S. Exa.:

Mantendo entidade como o recorrido, concorrem, (as empresas) sem dúvida alguma, para auxiliar o estado, ainda que numa área circunscrita, mas generalizada – a de seus diretores, empregados e dependentes, quaisquer que sejam, a prestar assistência social dos que necessitam dela.

Por isso mesmo, esta Corte, ao julgar Recurso Extraordinário (o RE 70.834-RS, in RTJ 65/145 e segs.), em que era recorrida a Fundação Ruben Berta, a considerou instituição de assistência social, repelindo a restrição, que se pretendia fazer de restringir esta apenas a entidades que prestassem serviços de assistência em geral. A propósito, observou o relator – Ministro Adalício Nogueira – que a referida Fundação (e o mesmo ocorre com o ora recorrido) “é aberta para os que integram ou venham a integrar o círculo, de amplitude indefinida, da sua atuação. O que a assinala é o selo assistencial das suas finalidades”.

Os precedentes mencionados nesse julgado, não deixam quaisquer margem de dúvida sobre a questão de a Consulente destinar recursos de natureza assistencial, de forma restrita, a seus associados e dependentes, na forma do Estatuto Social (art. 2º).

Assim, sendo a Consulente entidade, sem fins lucrativos e tendo observado e cumprido rigorosamente o art. 14 do CTN, está ela apta a gozar da imunidade tributária que a Constituição Federal lhe conferiu, não podendo ser interpretada a imunidade tributária de forma diversa pela fiscalização Municipal, para exigência de ISS sobre serviços prestados a seus associados.

## **A INTERPRETAÇÃO DO STF SOBRE O § 4º DO ART.150 DA CF EM RELAÇÃO A IMUNIDADE**

O § 4º do art. 150, da Constituição Federal, está assim redigido:

“§ 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio; a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”.

Referido dispositivo é também, repetido pelo § 2º do art. 14 do CTN, nos seguintes termos:

“§ 2º Os serviços a que se refere a alínea “c” do inciso IV do art. 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos”.

O patrimônio tutelado pela norma de imunidade constitucional deve ser entendido como todo o conjunto de bens móveis e imóveis, e direitos da entidade. O patrimônio não é algo divisível é uno, cada entidade possui um único patrimônio, que compreende seus direitos, bens e propriedades imóveis. Não faz sentido reduzir o conceito de patrimônio apenas àquela parcela correspondente a propriedade da sede da entidade Assistência, e no caso da Consulente, como entendeu a Fiscalização, no sentido de que os serviços prestados pela Entidade não estariam abrangidos por aqueles mencionados nos seus objetivos institucionais, razão pela qual foram lavrados os autos de infração exigindo o ISS, constante das Certidões de Dívida, mencionados pela Consulente.

Tal interpretação é de todo equivocada, como passamos a demonstrar:

O patrimônio, em seu conceito econômico, não pode se restringir, de modo algum, apenas a um único bem, mas a totalidade dos bens e direitos a eles relativos, incluindo todas as receitas obtidas para atender os objetivos institucionais.

Quanto as atividades econômicas exercidas por entidades imunes, um subcritores do presente, ao interpretar o § 4º do art. 150 da CF, escreve:

“De rigor, qualquer das entidades imunes que explore variado tipo de atividade econômica, apenas o faz objetivando obter recursos para suas atividades essenciais.

O discurso do parágrafo anterior é mais incisivo, contundente e jurídico. O regime jurídico do serviço prestado é aquele que oferta, ou não, imunidade à entidade beneficente. A preocupação de não permitir concorrência desleal ou privilégios na exploração das atividades econômicas levou o constituinte a veicular um discurso mais claro e preciso no concernente aos próprios poderes tributantes ou sua administração autárquica e empresarial.

O § 4º, todavia, ao falar em atividades relacionadas, poderá ensejar a interpretação de que todas elas são relacionadas, na medida em que destinadas a obter receitas para a consecução das atividades essenciais.

Como na antiga ordem, considero não ser esta a interpretação melhor na medida em que poderia ensejar concorrência desleal proibida pelo art. 173, § 4º, da Lei Suprema.

Com efeito, se uma entidade imune explorasse atividade pertinente apenas ao setor privado, não houvesse a barreira e ela teria condições de dominar mercados e eliminar a concorrência ou pelo menos obter lucros arbitrários, na medida em que adotasse idênticos preços de concorrência, mas livre de impostos. Ora, o texto constitucional atual objetivou, na minha opinião, eliminar, definitivamente, tal possibilidade, sendo que a junção do princípio estatuído nos arts. 173, § 4º, e 150, § 4º, impõe a exegese de que as atividades, mesmo que relacionadas indiretamente com aquelas essenciais das entidades imunes enunciadas

nos incisos b e c do art. 150, VI, se forem idênticas ou análogas às de outras empresas privadas, não gozariam da proteção imunitória.

Exemplificando. Uma entidade imune tem um imóvel e o aluga. Tal locação não constitui atividade econômica desrelacionada de seu objetivo nem fere o mercado ou representa uma concorrência desleal. Tal locação do imóvel não atrai, pois, a incidência do IPTU, ou goza a entidade de imunidade para não pagar imposto de renda.

A mesma entidade, todavia, para obter recursos para suas finalidades decide montar uma fábrica de sapatos, porque o mercado da região está sendo explorado por outras fábricas de fins lucrativos, com sucesso. Nesta hipótese, a nova atividade, embora indiretamente referenciada, não é imune, porque poderia ensejar a dominação de mercados ou eliminação de concorrência sobre gerar lucros não tributáveis exagerados se comparados com os de seu concorrente.” (Ives Gandra da Silva Martins – Comentários à Constituição do Brasil, Tomo I – 6º Vol. S. Paulo – Ed. Saraiva, 1990, pp. 203/206)

Á evidência, apenas se a atividade econômica provocar desequilíbrio na concorrência, a imunidade não se aplica, visto que a destinação exclusiva para as finalidades das entidades imunes, que não provoquem desequilíbrio na livre concorrência, não retira a imunidade de tais atividades, como acima comentado.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição, conforme os seguintes julgados:

“STF – RE 218.503 – SP

Relator: Ministro Moreira Alves

Imunidade e Exploração de Estacionamento.

Entendendo que a imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos (CF/69, art. 19 III, ‘c’; CF/88, art. 150, VI, c) abrange inclusive os serviços que não se enquadrem em suas finalidades essenciais, a Turma reformou o acórdão que sujeitara à incidência do ISS o serviço de estacionamento de veículos prestados por hospital em seu pátio interno. Precedente citado: RE 116.I 88 – SP (RTJ 131/1.295); RE 144.900 – SP (DJU de 26/09/97), j. 21/09/99 – Informativo do STF nº 163.”

“STF – RE 257.700 – MG

Relator: Ministro Ilmar Galvão

Imunidade e Exploração de estacionamento. Entendendo que imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos (CF/88, art.150, VI, c) abrange inclusive os serviços que não se enquadrem em suas finalidades essenciais, a Turma manteve acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que reconheceu à instituição de assistência social mantedora de orfanato a imunidade relativamente ao pagamento do IPTU cobrado de imóvel utilizado para estacionamento de veículos.

Informativo do STF nº 193 de 12/06/2000.”

“STF – RE 237.718 – SP

Relator: Ministro Sepúlveda Pertence

Imunidade Tributária de Bem Locado

A imunidade das entidades de assistência social prevista no art. 150, VI, ‘c’, da CF, abrange o IPTU incidente sobre o imóvel alugado a terceiro, cuja renda é destinada às suas finalidades essenciais. Com esse entendimento, o Tribunal, por maioria, manteve-se o acórdão do 1º Tribunal de Alçada Civil do estado de São Paulo que reconheceu a imunidade de terreno de entidade beneficente locado a terceiro que o explora como estacionamento de automóveis. Vencido o Min. Carlos Velloso, que conhecia do recurso

extraordinário do Município de São Paulo e lhe dava provimento por entender que o patrimônio da entidade beneficente alugado a terceiros não está relacionado com as suas finalidades essenciais, sendo imune apenas a renda auferida do contrato de locação, nos termos do § 4º do art. 150 da CF ('As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.')(RE 237.718 – SP, rel. Min. Sepúlveda Perence 29.03.2001)."

"STF – RE 116.188

Relator: Ministro Octavio Gallotti

Julgamento: 20.02.90

Primeira Turma

DJ 16.03.90, pág. 1.869

Ementa: ISS – Sesc – Cinema – Imunidade Tributária (art. 19, III, c, da EC nº 1/69) – Código Tributário Nacional (art. 14).

Sendo o Sesc instituição de assistência social, que atende aos requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional – o que não se pôs em dúvida nos autos – goza da imunidade tributária prevista no art. 19, III, e, da EC nº 1/69, mesmo na operação de prestação de serviços de diversão pública (cinema), mediante cobrança de ingressos aos comerciários (seus filiados) e ao público em geral.

Votação por maioria.

Resultado conhecido e provido."

E mais recentemente sobre o alcance do § 4º do art. 150 da CF, e a interpretação da Suprema Corte da referida norma, o Ministro Marco Aurélio, Relator do RE nº 566.622, em seu voto bem destacou a diretriz do Tribunal. Merece destaque os seguintes trechos:

Em face do alcance adequado do § 4 do aludido artigo 150, o Supremo tem consignado que essa espécie de imunidade não se limita às atividades típicas das instituições de educação e de assistência social, que abrange todas as atividades desempenhadas pelas entidades desde que os rendimentos sejam empregados nos respectivos fins institucionais. Esse é o sentido do Verbete nº 724 do Súmula do Tribunal, de 26 de novembro de 2003, preconizando a inexigibilidade do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana em relação aos imóveis alugados a terceiros pelas entidades de educação e assistência social quando a renda for destinada às finalidades essenciais: Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o Imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

(...)

Os precedentes revelam, de modo inequívoco, a linha metodológica do Tribunal – a interpretação teleológica das imunidades. É importante destacar a necessidade permanente de compatibilizar a abordagem finalística das imunidades com o conjunto normativo e axiológico que é a Constituição.

Com a Carta compromissória de hoje, existe uma variedade de objetivos opostos, estabelecidos em normas de igual hierarquia. Nesse âmbito de antinomias potenciais, o elemento sistemático adquire relevância prática junto ao teleológico. Sob tal perspectiva, "cada norma jurídica deve ser interpretada com consideração de todas as demais, e não de forma isolada", presente a busca pela harmonia e integridade sistêmica da Constituição.

Combinados os elementos sistemático e teleológico, a interpretação deve cumprir função harmonizante, influenciada, prioritariamente, por princípios como o da “dignidade da pessoa humana, da igualdade, do Estado Democrático de Direito, da República e da Federação” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte; Fórum 2012, p. 415-416).

Essa diretriz hermenêutica – a de definir o alcance da norma constitucional de imunidade segundo a compreensão da função política e social a ser alcançada e tendo em conta a Constituição como um todo deve governar a leitura do § 7º do art. 195 da Carta e a solução quanto à forma e aos limites de possibilidades do estabelecimento de regras que venham a regulamentar o exercício da imunidade. O que se tem quanto à imunidade tributário do § 7º do art. 195 da Carta da República? Segundo o preceito, são “isentas” de contribuição à seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que “atendam às exigências estabelecidas em lei”.

(...)

Entidade beneficente é aquela sem fins lucrativos, que não visa a interesse próprio, mas alheio, trabalhando em benefício de outros. Deve atuar no campo da assistência social, auxiliando o Estado na busca pela melhoria de vida da população e realização de necessidades básicas em favor dos hipossuficientes. Como fez ver o ministro Moreira Alves, na citada Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028: Relativamente à questão de fundo, atente-se para caráter linear e abrangente do §7 do artigo 195 da Constituição Federal: [...] No preceito, cuida-se de entidades beneficentes de assistência social, não estando restrito, portanto, as instituições filantrópicas. Indispensável, é certo, que se tenha o desenvolvimento da atividade voltada aos hipossuficientes, àqueles que, sem prejuízo do próprio sustento e o da família, não possam dirigir-se aos particulares que atuam no ramo buscando lucro, dificultada que está, pela insuficiência de estrutura, a prestação do serviço pelo Estado.

(...)

Segundo o professor Ives Gandra da Silva Martins, “há, assim, uma causa e uma condição para a entidade usufruir a imunidade. A causa da imunidade é ser uma das entidades enumeradas pelo artigo 150, inciso VI, c, da CF. A causa advém da Constituição. A condição da imunidade é manter o atendimento aos requisitos especificados no CTN. A condição advém do CTN” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidade de Instituições sem Fins Lucrativos Dedicadas à Previdência e Assistência Social*. *Direito Público* nº 1, julho-agosto-setembro de 2003, p. 8).

(...)

Cabe à lei ordinária apenas prever requisitos que não extrapolem os estabelecidos no Código Tributário Nacional ou em lei complementar superveniente, sendo-lhe vedado criar obstáculos novos, adicionais aos já previstos em ato complementar. Caso isso ocorra, incumbe proclamar a inconstitucionalidade formal. Revelado essa óptica, cumpre assentar a pecha quanto ao artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991, revogado pela Lei nº 12.101, de 2009.

Á luz da Jurisprudência da Suprema Corte, portanto, a exploração de imóvel locado, (estacionamento, terreno, cinema, imóvel e salão de festas), e também prestação de serviços para cumprir suas finalidades, por entidades imunes, não caracterizam atividades mercantis para efeitos de exigência de tributos.

O que importa observar é que os resultados advindos dessas atividades, devem ser aplicadas integralmente em seus objetivos institucionais.

Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal – intérprete máximo da Constituição.

Pretender exigir imposto das Entidades Imunes dessas receitas, seria o mesmo que tributar o patrimônio dessas entidades, o que é vedado expressamente, pelo texto constitucional (§ 4º do art.150 da CF).

No caso de entidades assistenciais, como é o caso da Consulente, esse mesmo entendimento deve ser aplicado, em razão da exploração de suas atividades, todas elas necessárias para gerarem recursos, em seus objetivos institucionais.

Resta evidente, assim, que a melhor exegese neste tema é aquela que preconiza a amplitude da expressão “rendas relacionadas com as atividades essenciais”, conforme o § 4º do art. 150 da CF/88, que resultou na Súmula nº 724 do STF, que preceitua:

“Súmula 724: Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune do IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referida pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição desde que o valor dos alugueis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”.

Importante foi o julgamento realizado em 18/12/2000, pelo STF (RE nº 257.700-6/MG – Relator Ministro Ilmar Galvão), que entendeu pela interpretação ampliativa da imunidade para os imóveis pertencentes aos templos, mencionados pelo art. 150, VI, “b” da CF, embora a Súmula nº 724 faça menção ao art. 150, VI, “c” da CF.

No caso da Consulente, a imunidade a que se refere o art. 150, VI, “c” da CF, se apresenta cada vez mais relevante, pelo aumento significativo das atividades de cunho Social em prol de seus associados e dependentes, que buscam a melhoria de vida do ser humano com o exercício de atividades fundamentais, que propagam, através de programas assistenciais de convivência social junto a Entidade Consulente.

Nada obstante, no processo administrativo relativo aos autos de infração lavrados, objeto da exigência do ISS, a Repartição Municipal deixou de aplicar a orientação do Supremo Tribunal Federal, consignada na Súmula 724, com reconhecimento da imunidade tributária e acolhimento do pedido de nulidade dos autos de infração.

Informa a Consulente, que a exigência fiscal relativa ao ISS foi mantida, em razão do valor ser superior a R\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais), o processo foi remetido para exame ao Diretor do Departamento de Tributação e julgamento, na forma do disposto no art. 6º, Único da Portaria SF nº 60/2014, com a observação de que o cálculo da renúncia fiscal seria superior ao referido valor e portanto a exigência fiscal foi mantida, em total inobservância as normas constitucionais de imunidade tributária como Limitação ao Poder de Tributar e o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação da imunidade tributária, uma vez que o Município não poderia examinar a questão como renúncia fiscal, de uma competência que não lhe foi atribuída pela Constituição, não podendo renunciar aquilo que nunca teve.

Acresce-se, ainda que além da Súmula 724, antes mencionada, em 26/06/2016, foi publicada a Súmula Vinculante nº 52, com o seguinte verbete:

“Súmula Vinculante nº 52: Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c” da Cons-

tituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado para as quais tais entidades foram constituídas”.

Assim, para efeito de reconhecimento da imunidade tributária, todas as atividades sociais decorrentes de entidades Assistenciais, como é o caso da Consulente, destinadas a arrecadar valores para custeio de suas atividades, inclusive alugueis, estão abrangidas pela desoneração constitucional, assim como o patrimônio, renda ou serviços, conforme entendimento ampliativo do Supremo Tribunal Federal (art. 150, VI, “b” e “c” e §4º da CF), estão abrangidos pela imunidade tributária, não podendo sofrer incidência de Impostos.

E, portanto, o reconhecimento dessa desoneração tributária não pode ser condicionado de algum modo pelo Poder tributante, ao valor da exigência fiscal, como entendeu a Municipalidade de São Paulo.

Por outro lado, a Repartição Fiscal de Julgamento não poderia desconhecer as decisões proferidas pelo STF, nas ADIs 2028, 2228, 2621, 2036 e no RE 566.622, que tem efeito vinculante, por força dos arts. 102, § 2º e 103-A da CF, assim dispostos:

“Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente, a guarda da Constituição:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidades e nas ações declaradas de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário a Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

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

Assim, da leitura dessas normas constitucionais, não deixam margem de dúvidas sobre as Súmulas Vinculantes, a partir de decisões reiteradas que vinculam os demais órgãos do Poder judiciário de da Administração à observância das decisões de mérito proferidas pelo STF em controle concentrado e das Súmulas conformadas em processos de repercussão geral. Tanto que nos termos constantes do Parecer 00144/2017/6AB/SGCT/AGU, no qual a própria AGU, estabelece a orientação a ser tomada pela Administração, em cumprimento às decisões do STF, reconhecendo a sua força imperativa e eficácia imediata, conforme se verifica da ementa, abaixo transcrita:

“EMENTA: Parecer de força executória. Julgamento em conjunto das ADIs 2228 e 2621. Parcial procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º, inciso VI; 3º, inciso VI, §1º e §4º; art 4º, parágrafo único, todos do decreto 2.536/1998; assim como dos arts. 1º, inciso IV; 2º, inciso IV, e §1º e §3º; e 7º §4º do Decreto 752/1993. Decisão provisória. Ordem Imperativa. Exequibilidade imediata”.

Como se vê a própria Fazenda Nacional examinando caso relativo a exigências fundadas na legislação questionada nas ADIs 2228 e 2621, considera que as decisões do STF têm efeito imediato, não há qualquer fundamento jurídico para deixar de aplicar a decisão da Suprema Corte, sob pena de violação aos arts. 102, § 2º e 103-A da CF.

A aplicação da Súmula Vinculante e das decisões proferidas pela Suprema Corte, com aplicação imediata se justifica também por força do princípio da eficiência, previsto no art. 37 da CF, uma vez que a questão da imunidade tributária foi dirimida pelo STF, com efeito erga omnes, com aplicação imediata, em prol do interesse público.

## **AS ATIVIDADES DA APAMAGIS**

Para melhor compreensão das atividades da Consulente, voltadas exclusivamente para seus associados, dependentes e familiares, conforme consta do estatuto Social, a Consulente é Sociedade Civil, sem fins lucrativos que tem por finalidade (art. 2º) propiciar auxílios e benefícios aos seus associados e também para, entre outras finalidades, promover atividades sócias, culturais, científicas, recreativas e esportivas, para as referidas pessoas físicas.

Para atender os objetivos para os quais foi criada, desenvolve em suas dependências, diversas atividades, de natureza social, educacional e cultural, organiza cursos, passeios e excursões, intermedeia a compra de seguros de saúde e planos de previdência privada, além de ceder espaço de seu salão de festas para que os magistrados e familiares possam realizar festas diversas, fazendo tudo sem objetivo de lucro, ou seja, com base nos custos efetivamente realizados nos trabalhos, valores que lhe são integralmente reembolsados pelos associados.

Desta forma, os serviços que a Municipalidade de São Paulo pretende tributar não estão sujeitos a incidência de ISS, pelo simples fato de serem destinados a seus próprios associados e não para terceiros.

Por esta razão não configuram serviços propriamente ditos, na medida em que, ninguém presta serviços a si mesmo. Além disso o valor recebido pelo “serviço” não se configura preço pela prestação, porém, reembolso em face da finalidade não lucrativa da Consulente, em benefício de seus associados, conforme previsão estatutária.

## **O FATO GERADOR DO ISS**

O fato gerador do ISS é o núcleo central da obrigação tributária. O instituto é conceituado por Amílcar Araújo Falcão da seguinte forma:

“FATO GERADOR é pois, o fato ou conjunto de fatos ou estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação tributária”. (Fato Gerador – 2ª ed. Ver. Tribunais – S. Paulo, 1971 – p. 29)

Na definição acima estão mencionados como elementos relevantes para a caracterização do fato gerador os seguintes:

- a) previsão em lei;

- b) um fato jurídico, na verdade um fato econômico de relevância jurídica;
- c) tratar-se de pressuposto de fato para o surgimento da obrigação tributária “ex lege” de pagar um tributo determinado.

O art. 1º da LC 116/2003, estabelece que o fato gerador do ISS é a prestação de serviços constantes da lista de serviços no Território respectivo de cada Município. Esta é a regra geral que deve prevalecer em obediência a norma constitucional.

A prestação do serviço sobre o qual pode incidir ISS é aquela “in commercium”, mediante a celebração de um negócio jurídico, que tenha conotação econômica.

O ISS não incide sobre o serviço que o empregado presta ao empregador, por serviço que se desenvolve sob relação de subordinação, mediante contrato de trabalho submetido à consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

O ISS também não alcança o autosserviço, isto é, aquele serviço que é prestado não como atividade-fim, mas como atividade-meio. O prestador de serviços executa as atividades para ele mesmo, para seus associados, para atender uma finalidade, não para terceiros.

Este é o caso da Consulente, que presta serviços para os associados da APAMAGIS, sem finalidades econômicas, e sem caráter negocial, em atendimento à disposições estatutárias e portanto não há incidência do ISS em tais atividades.

Esse, aliás tem sido o entendimento da Municipalidade, em diversas resoluções de consulta, entendendo não ser devido o ISS, quando os serviços são prestados pela Sociedade Civil, sem fins lucrativos, aos seus próprios associados conforme as seguintes decisões:

1) SOLUÇÃO DE CONSULTA SF/DEJUG Nº 13, DE 2 DE MAIO DE 2011

Ementa:

ISS. Associação sem fins lucrativos. Serviços prestado a associados não sofrem incidência do ISS. Patrocínio. Não há incidência de ISS sobre receitas de patrocínio quando não há contraprestação de serviços tributáveis. Retenção de serviços tomados de terceiros.

2) SOLUÇÃO DE CONSULTA SF/DEJUG Nº 50, DE 27 DE JULHO DE 2012

Ementa:

ISS. Associação sem fins lucrativos. Serviços prestados a associados e não associados.

6. De acordo com o entendimento consagrado em diversas consultas no âmbito do interior Departamento de Rendas Mobiliárias e do atual Departamento de Tributação e Julgamento, os serviços prestados por associações sem fins lucrativos aos seus associados não são tributáveis pelo ISS, desde que se enquadrem entre aqueles descritos em seus objetivos sociais.

6.1. Esta não incidência de ISS independe da existência da Lei Municipal que conceda isenção.

6.2. Já os serviços prestados a terceiros não associados sofrem incidência do imposto.

3) SOLUÇÃO DE CONSULTA SF/DEJUG Nº 03, DE 17 DE JANEIRO DE 2014

Ementa:

ISS. Associação sem fins lucrativos. Serviços prestados a associados e não associados.

7. O Estatuto Social da Consulente a estabelece como associação para fins não econômicos, regida pelos artigos 53 a 61 do Código Civil. De acordo com o entendimento consagrado em diversas consultas no âmbito do anterior Departamento de Rendas Mobiliárias e do atual Departamento de Tributação e Julgamento, os serviços prestados por associações

sem fins lucrativos aos seus associados não são tributáveis pelo ISS, desde que se enquadrem entre aqueles descritos em seus objetivos sociais.

7.1. Esta não incidência de ISS independe da existência de Lei Municipal que conceda isenção.

7.2. Já os serviços prestados a terceiros não associados sofrem incidência do imposto.

8. Sendo assim, está correto o entendimento da Consulente no sentido de que a prestação de serviços em favor dos próprios associados, na consecução dos objetivos institucionais, não está sujeita ao ISS e de que ocorre a incidência em relação aos mesmos serviços quando prestados a terceiros não associados.

9. Ressalte-se ainda que, embora os objetivos institucionais não prevejam obtenção de lucro, se a entidade prestar serviços desvinculados de seus objetivos estará sujeita ao ISS e às obrigações acessórias pertinentes, ainda que prestados a seus associados.

4) SOLUÇÃO DE CONSULTA SF/DEJUG Nº 23, DE 19 DE SETEMBRO DE 2014

Ementa:

ISS. Associação sem fins lucrativos. Serviços prestados a associados e não associados. Intermediação de recebimento de honorários médicos. Não caracterização de prestação de serviços, quando para os associados.

No mesmo sentido decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, ao examinar a Apelação nº 0210045-32.2007.8.26.0100, que contém a seguinte Ementa:

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISS – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Nos termos do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68, o fato gerador do ISS é a prestação de serviço “por empresa ou profissional autônomo” – Sendo assim, se a organização prestadora não se enquadrar nesses conceitos, o fato gerador simplesmente não corre, não se tratando de caso de isenção nem imunidade. – O Supremo Tribunal Federal já decidiu que associações sem fins lucrativos podem ser consideradas empresas para fins de incidências do ISS, mas que para tanto devem prestar serviços com intuito de lucro de forma habitual – No caso dos autos, o Município autou a autora unicamente por constatar ter ocorrido prestação de serviços, sem demonstrar o intuito lucrativo e a habitualidade – Lançamento que padece de vício insanável – Exação afastada – Sentença reformada – Recurso da autora provido, prejudicando o recurso do Município.

Da mesma forma, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em que se lê da Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ISS. CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. EMPRESA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. FINALIDADE LUCRATIVA. ENQUADRAMENTO NÃO CARACTERIZADO.

(...) 2. O NOVO Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” e, ao assim proceder, propiciou ao interprete inferir o conceito jurídico da empresa como sendo “o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. 3. Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito da empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa. 4. Em se tratando ECAD

de associação civil, que não explora de fato qualquer atividade econômica, visto que desprovida de intento lucrativa, não se subsume, à toda evidência, no conceito de empresa, razão porque não é ele contribuinte do imposto sobre serviço de qualquer natureza tipificado no art. 8º do Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, Recurso Especial nº 623.367/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, J.15/06/2004, DJ 09/08/2004)

## DAS MULTAS

Por todo exposto e considerando o objeto da consulta, uma vez demonstrada a ilegitimidade da exigência fiscal, não podem prevalecer as multas aplicadas, já que não demonstrada a ocorrência da infração que lhes daria suporte, em razão da natureza jurídica da Consulente de Entidade declarada de “utilidade pública” nas esferas Municipal e Estadual e que goza de imunidade tributária de impostos, na forma do art. 150, VI, “c” da Constituição Federal e art. 14 do Código Tributário Nacional, não podendo ser exigido o ISS pretendido. O poder tributar não pode ser exercido além dos limites de competência estabelecido pela Constituição, uma vez que a imunidade tributária, representa uma Limitação ao Poder de Tributar, não podendo ser exigido ISS da Consulente, entidade, sem fins lucrativos, de cunho Social, que vem colaborando com o governo, na prestação de serviços a seus associados, dependentes e familiares, de maneira plena, sendo manifestamente insubsistente a exigência do imposto municipal – ISS e da imposição de penalidades, já que nenhuma infração foi cometida pela Entidade Consulente.

A Administração Pública, não pode deixar de observar o entendimento da Suprema Corte sobre a matéria, como exposto na presente consulta, sobre as garantias constitucionais do contribuinte.

A propósito, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, em comemoração aos 30 (trinta) anos da Constituição, lembrou que:

“não adianta termos uma Constituição da República repleta de garantias se não houver agentes públicos na linha de frente para converter em ação concreta as garantias ali contidas.”

É o que precisa ser examinado no caso da Consulente, aplicando-lhes as garantias da imunidade tributária, estabelecidas pela Constituição Federal.

Feitas essas considerações, passamos a responder as indagações da Consulente:

1º) Considerando a natureza jurídica da APAMAGIS, de Associação sem fins lucrativos, é imune de tributação do ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza?

Resposta: A nossa resposta é positiva, uma vez que a Consulente é entidade, sem finalidade lucrativa, constituída para promover Assistência Social a seus associados e familiares, que cumpre integralmente todos os requisitos para usufruir da imunidade tributária outorgada pela Constituição Federal (art. 150, VI, “c”) e pela Lei Complementar (art. 14 do CTN), em relação a impostos, configurando vício de lançamento ao ser exigido ISS de entidade imune como é a natureza jurídica da entidade APAMAGIS. A Consulente não praticou atividades a terceiros, mas tão somente em favor dos seus associados como consta do Estatuto Social e,

portanto, não pode ser enquadrada pela fiscalização, como se fosse empresa com finalidades lucrativas.

No caso da Consulente, toda a sua atuação é feita em favor de seus associados, dependentes e familiares, não sendo entidade aberta ao público em geral, mas para seus associados, a entidade pratica Assistência Social, entre suas atividades, uma vez que não visa obter lucros, e portanto inexistente obrigação de a Consulente estar aberta à população em geral, pois embora prestando serviços aos associados, dependentes e familiares, não se revela caráter restritivo, como pretende a Municipalidade, que exige universalidade de serviços para gozar de imunidade. Tal entendimento não consta dos requisitos da lei complementar (art. 14 do CTN) para o gozo da imunidade – prestação de serviços gratuitos a toda comunidade.

O STF de longa data acolheu o entendimento de que não perde a característica de entidade assistencial o fato de ser circunscrita à área de sua atuação, conforme RE nº 108.796-0; RE nº 89.012-SP e RE 70.834-RS.

Não podendo, portanto, ser interpretada a imunidade tributária, de forma diversa pela Fiscalização Municipal, para exigência de ISS, sobre serviços prestados aos associados da Consulente.

2º) Em relação aos alugueis recebidos na locação de salão de festas, quadras de tênis e de exploração de estacionamento, sendo que todo o valor recebido a esses títulos, são aplicados integralmente nos seus objetivos institucionais, estariam abrangidos pela imunidade tributária?

Resposta: A interpretação do STF do §4º do art. 150 da CF, em relação a imunidade tributária, é no sentido de que não perde a imunidade tributária a entidade que recebe alugueis, desde que os valores recebidos a esse título, seja aplicado integralmente em seus objetivos institucionais.

O patrimônio tutelado pela norma de imunidade constitucional deve ser entendido como todo o conjunto de bens móveis e imóveis, e direitos da entidade. O patrimônio não é algo divisível, é uno, cada entidade possui um único patrimônio, que compreende seus direitos, bens e propriedades imóveis. Não faz sentido reduzir o concerto de patrimônio apenas àquela parcela correspondente a propriedade da sede da Entidade Assistencial, e no caso da Consulente, como entendeu a fiscalização, no sentido de que os serviços prestados pela Entidade não estariam abrangidos por aqueles mencionados nos seus objetivos institucionais, razão pela qual foram lavrados os autos de infração exigindo o ISS.

Tal interpretação é de toda equivocada e já foi superada pelas reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme os seguintes julgados: RE nº 218.503-SP; RE nº 257.700-MG; RE nº 237.718-SP; RE nº 116.188 e mais recentemente no RE nº 566.622, com repercussão geral.

Esses precedentes de interpretação ampliativa, resultaram na Súmula 724 do STF, que preceitua:

“Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”.

Não há, pois, como prevalecer o entendimento da fiscalização municipal, no sentido de que a exigência fiscal do ISS foi mantida em razão do valor ser superior

a R\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais), e com fundamento no art. 6º Súnico, da Portaria SF nº 60/2014, o cálculo da renúncia fiscal seria superior ao referido valor e portanto a exigência fiscal foi mantida em total inobservância as normas constitucionais da imunidade tributária, como Limitação ao Poder de Tributar e o entendimento do STF sobre a interpretação da imunidade tributária, única vez que o Município não poderia examinar a questão como renúncia fiscal, de uma competência que não lhe foi atribuída pela Constituição, não podendo renunciar aquilo que nunca teve.

Acresce-se, ainda que além da Súmula nº 724, antes mencionada, foi publicada em 26/06/2018, a Súmula Vinculante nº 52, com o referente verbete;

“Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c” da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado para as quais tais entidades foram constituídas”.

Assim, para efeitos de reconhecimento da imunidade tributária, todas as atividades Sociais decorrentes de entidades, de cunho Social como é o caso da Consultante, destinadas a arrecadar valores para custeio de suas atividades, inclusive alugueis, estão abrangidas pela desoneração constitucional, assim como o patrimônio, renda e serviços, conforme entendimento ampliativo do Supremo Tribunal Federal (art. 150, VI, “b” e “c” e §4º da CF), estão abrangidos pela imunidade tributária, não podendo sofrer incidência de Impostos.

E, portanto, o reconhecimento dessa desoneração tributária não pode ser condicionada de algum modo pelo Poder Tributante, ao valor da exigência fiscal, como entendeu a Municipalidade de São Paulo.

As decisões proferidas pelo STF, nas ADIS 2028; 2228; 2621; 2036 e no RE nº 566.622, tem efeito vinculante e obrigam tanto os Órgãos do Poder Judiciário, como da Administração Pública, por força dos arts. 102, § 2º e 103-A da Constituição Federal.

Este é o nosso entendimento, S.M.J.

São Paulo, 26 de dezembro de 2018.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

OAB/SP 11.178

MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES

OAB/SP 42.904

P2018-023 OP LEGAL APAMAGIS – IVES E MARI – via publicação



ARQUIVO PESSOAL

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME e Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do tribunal regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa da Universidade de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/CEU Law School.



ARQUIVO PESSOAL

**MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES** é Advogada, sócia da Advocacia Gandra Martins, Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária CEU Law School, Membro do Conselho Superior de Direito FECOMÉRCIO – SP, Membro do Conselho do IASP, Membro da Diretoria da Academia Brasileira de Direito Tributário – ABDT, Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas – APLJ e Professora do Centro de Extensão Universitária.



*Marcelino Rodrigues*

---

## Unir carreiras da advocacia pública reduz gastos

**A** unificação de carreiras na Advocacia Pública da União poderá gerar uma economia de até R\$ 993 milhões anuais ao governo federal, segundo estudo encomendado pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (Anafe) à Fundação Getulio Vargas (FGV). Hoje, os cargos estão distribuídos em advogado da União, procurador da Fazenda Nacional, procurador do Banco Central e procurador federal.

No cenário atual, a Advocacia Geral da União (AGU) tem dificuldades em adequar seu orçamento às despesas essenciais de manutenção e funcionamento do órgão. Isto é, a despesa de custeio ultrapassa os créditos liberados para movimentação e empenho. Há ainda problemas de ausência de planejamento e racionalidade de gestão.

Essa situação, segundo o estudo da FGV, provoca prejuízos nas condições de trabalho. Além do ganho financeiro, a unificação de carreiras pode ter os seguintes benefícios: simplificação das disposições e regulamentos; estímulo ao trabalho cooperativo, padronizando as estratégias de atuação e criando ambiente colaborativo; auxílio ao planejamento global dos recursos humanos, realocando a força de trabalho conforme as necessidades das unidades.

Entre outros benefícios, a unificação pode gerar mais segurança jurídica na atuação dos advogados públicos federais.

Segundo o estudo da FGV, atualmente há um conflito institucional devido à fragmentação organizacional, ocasionando a ausência de atuação colaborativa e comportamentos danosos à unidade da organização. Essa situação impossibilita e dificulta o planejamento e gestão global da entidade, dividindo sua identidade.

A atual estrutura também gera deslocamentos desnecessários, visto que a excessiva divisão das carreiras leva, por exemplo, um servidor de uma determinada carreira de representação judicial a viajar até a localidade de interesse sendo que já há outro servidor com as mesmas disposições funcionais, no entanto de outra carreira, na região demandada – incrementando, desnecessariamente, as despesas com locomoção.

O estudo mostra ainda que há equívocos quanto às competências corretas de cada órgão/carreira, levando a erros constantes de direcionamento de processos, desperdiçando tempo e recursos, prejudicando a execução da atividade, o que decorre diretamente da complexidade administrativa/normativa que compõe a AGU atualmente.

Em resumo, a AGU apresenta problemas financeiros, administrativos e técnicos, gerados, essencialmente, pela complexidade e rigidez institucional.

A unificação proposta permitirá a implementação de um modelo de gestão com os seguintes resultados: simplificação dos processos de consulta, de compras e de gestão de recursos humanos; padronização do apoio ao contencioso e simplificação dos processos relacionados a esta área; e reformulação da competência e composição dos órgãos. Além disso, a mudança atende à cobrança social pela entrega de bens e serviços de mais qualidade por parte do Estado brasileiro. 

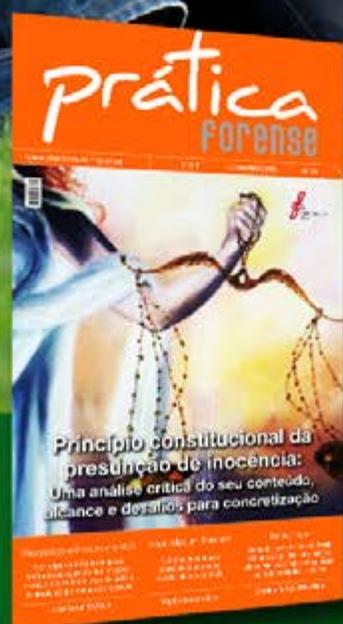
---

**MARCELINO RODRIGUES** é Presidente da Anafe (Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais)

Na **Prática Forense** você estuda  
com os grandes mestres do Direito.

**QUER CONHECER A REVISTA?**

Peça um exemplar gratuito no site [zkeditora.com](http://zkeditora.com)



**(61) 3263-1362**

 zakarewicz  
editora