Centro Universitário da Grande Dourados

Revista Jurídica

UNIGRAN

ISSN 2178-4396 (on-line)
ISSN 1516-7674 (impresso)

Revista Jurídica **UNIGRAN**	Dourados	v.22	n.44	234 p.	Jul./Dez.	2020

Ficha Catalográfica

Revista jurídica UNIGRAN / Centro Universitário da Grande Dourados. v. 22, n. 44, Jul/Dez. (1999-). Dourados: UNIGRAN, 2020.

Publicação Semestral
ISSN 1516-7674 – impresso
ISSN 2178-4396 – on line

1. Direito - Periódicos. I. Título.

CDU - 34

Solicita-se permuta.
On demande l´échange.
Wir bitten um Austausch.
Si richiede la scambio.
Pídese canje.
We ask for Exchange.

Editora UNIGRAN
Rua Balbina de Matos, 2121 - Campus UNIGRAN
79.824-900 - Dourados - MS
Fone: 67 3411-4141 - Fax: 67 3422-2267
E-mail: revistajuridica@unigran.br
www.unigran.br/revistas
2020

REVISTA JURÍDICA UNIGRAN

Dourados - Mato Grosso do Sul

Rosa Maria D'Amato De Déa
Reitora

Maria Alice M. Fernandes
Pró-Reitora de Ensino e extensão

Tânia Rejane de Souza
Pró-Reitora de Administração

Renato de Aguiar Lima Pereira
Direção da Faculdade de Direito

Joe Graeff Filho
Coordenador do Curso de Direito

Helder Baruffi / Ana Cristina Baruffi
Editores responsáveis

Conselho Editorial

Institucional
Adilson Josemar Puhl
Gassen Zaki Gebara
Givaldo Matos
Joe Graeff Filho
José Gomes da Silva
Renato de Aguiar Lima Pereira
Ricardo Saab Palieraqui
Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo

Externo
Alexandre Sturion de Paula – Fac. Londrina, PR
Aristides Cimadon – UNOESC – Joaçaba, SC
Celso Hiroshi Iocohama– UNIPAR – Umuarama - PR
Cristina GrobérioPazó – UFSB-BA
Egon Bockmann Moreira – UFPR – Curitiba- PR
Fábio Leite - PUC-RJ
José Geraldo de Sousa Júnior – UnB – Brasília- DF
Margareth Vetis Zaganelli – UFES – Vitória, ES
Maurinice Evaristo Wenceslau – UFMS - MS
Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT – Cuiabá- MT
Wanise Cabral Silva –UFF – Niterói – RJ.

D.D.I

Departamento de Diagramação/Impressão Unigran

Banco de avaliadores externos

Alexandre Sturion de Paula – Fac. Londrinas, PR
Amilcar Araújo Carneiro Júnior – UC
André Serotini -UEMG
Antonio Valdeci Nobles – FACES-RR
André Folloni – UFPR – Curitiba, PR
Arlindo Severino Teixeira De Oliveira –UFPE
Carlos Eduardo Silva e Souza - UFMT
Cecilio Argolo Junior – Mauricio de Nassau - AL
Celso Hiroshi Iocohama– UNIPAR
Cristina Grobério Pazó – UFSB-BA
Fernando Machado – UEMS
Fernando Navarro Vince – IDCC/FL-PR
Henriene Cristine Brandão – Fac. Londrina, PR
Jacson Bacin Vicente – UPF-RS
João Adolfo Ribeiro Bandeira – UFCA, CE
Juliana Costa Barboza -TER-CE
Leonardo Beduschi – FURB
Loreci Gottschalk Nolasco - UEMS
Lourdes Karoline Almeida Silva - UEPI
Luiz Eugênio Scarpino Jr – UNAERP, SP
Marcela A. Semeghini Pereira – UNIMAR, SP
Margareth Pereira Arbués -UFG
Milena Barbosa Melo –UFPB
Noeli Fernandes -FATO, RS
Pillar Carolina Villar - UFSP
Rodrigo Fernando Novelli – FURB, SC
Sebastião Caldeira - UNIOESTE
Sergio Ricardo Fernandes de Aquino – IES, SC
Shary Kalinka Ramalho Sanches - UFMS
Suzana Maria da Glória Ferreira - UNIRP, SP.
Thaisa Maira Rodrigues Held – UFMT
Tiago Resende Botelho – UFGD, MS
Valéria Zanette - FASC/IES, SC.
Vivian de Medeiros Lago – UNISINOS, RS

Projeto Gráfico
DMU

Coordenação e Diagramação
Thomas Henrique Machado
Katiely da Silva Melgarejo

Desenvolvimento Web
Reginaldo Moura

Endereço para correspondência

Rua Balbina de Matos, 2121 - Campus UNIGRAN - CEP 79.824-900 - Dourados (MS)
revistajuridica@unigran.br

Políticas Editoriais

Editorial Policies

Foco e escopo: A Revista Jurídica UNIGRAN tem por foco ser um repositório de artigos acadêmicos de referência, e por escopo divulgar artigos que versem sobre temas de Direito, em suas múltiplas interfaces, cumprindo a missão institucional de promover o debate, fomentar a pesquisa e contribuir para um ensino jurídico de qualidade. O conteúdo da Revista é de artigos científicos, resenhas críticas, jurisprudências comentadas e informações referentes à Ciência do Direito.

Mission and scope: *The Revista Jurídica UNIGRAN is focused on being a repository of academic articles of reference, and has the purpose of disseminating articles that deal with themes of law, in its multiple interfaces, fulfilling the institutional mission of promoting debate, fostering research and contributing for quality legal education. The contents of the Journal are scientific articles, critical reviews, commented jurisprudence and information regarding the Science of Law.*

Público-alvo: A Revista Jurídica UNIGRAN é voltada para estudantes, professores, pesquisadores e profissionais da área do direito e áreas afins. Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização e a defesa intransigente de um ensino de qualidade.

Target audience: *The Revista Jurídica UNIGRAN is intended for students, teachers, researchers and professionals in the area of Law and similar areas. It is a wide audience, but one that shares the constant seeking of depth and being up to date and the uncompromising defense of quality learning.*

Meio e periodicidade: A Revista Jurídica UNIGRAN é publicada com periodicidade semestral, na forma impressa e em meio eletrônico. Os exemplares físicos são enviados, por permuta, às bibliotecas das principais faculdades de direito; a versão eletrônica, publicada no site http://www.unigran.br/revista_juridica, pode ser acessada de forma livre e gratuita.

Means and release period: *The Revista Jurídica UNIGRAN is published on a bi-annual basis, through physical press and electronic form. The physical issues are sent, through exchange, to the libraries of the major Law schools; the electronic version, published in the site http://unigran.br/revista_juridica, may be accessed free of charge.*

Linha editorial: Direito, Estado e Sociedade.
Editorial line: *Law, State and Society*

Responsabilidade Editorial: Dr. Helder Baruffi – editor; Me. Ana Cristina Baruffi – co-editora
Editorial responsibility: *Dr. Helder Baruffi – editor; Me. Ana Cristina Baruffi – co-editor*

Processo de Avaliação: A Revista Jurídica UNIGRAN adota a política de avaliação cega (blind review) por pares. Conta com um Conselho Editorial e Científico.
Evaluation process: *The Revista Jurídica UNIGRAN adopts the policy of blind peer review. It has a Scientific and Editorial Council.*

Fluxo de editoração: A chamada de artigos da Revista Jurídica UNIGRAN encontra-se permanentemente aberta; trabalhos podem ser enviados para análise e possível publicação a qualquer tempo.
Editorial Flow: *The call for papers for Revista Jurídica UNIGRAN is permanently open; works may be submitted for analysis and possible publication at any time.*

Responsabilidade Acadêmica e Científica: O conteúdo dos artigos publicados na Revista Jurídica UNIGRAN - inclusive quanto à sua veracidade, exatidão, originalidade e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Faculdade de Direito ou da UNIGRAN.
Academic and Scientific Responsibility: *The contents of the articles published in Revista Jurídica UNIGRAN - including its veracity, accuracy, originality and updating of information and research methods - is the sole responsibility of the author (s). The opinions and conclusions expressed do not represent positions of the Faculty of Law or UNIGRAN.*

Política de publicação: A publicação de artigo pela revista implica, por parte do autor, a cessão gratuita de seus direitos patrimoniais sobre o trabalho. Os trabalhos enviados para avaliação devem ser inéditos, originais, não estar pendentes de avaliação ou publicação em outro periódico e contribuírem para a efetividade do direito.
Publishing policy: *The publication of the article by this journal implies that the author has gratuitously transferred all patrimonial rights on the work. The papers submitted for evaluation must be unpublished, original, not pending evaluation or publication in another periodical and contribute to the effectiveness of law.*

Política de ética e boas práticas de publicação:

A Revista Jurídica UNIGRAN está comprometida com a conduta ética em pesquisa e boas práticas de publicação. Segue os padrões estabelecidos pelo Comitê de Ética em Pesquisa da UNIGRAN – CEP e por instituições nacionais e internacionais reguladoras dos padrões de ética e integridade em produção e publicação científica.

Ethics and good publishing practices policy:

The Revista Jurídica UNIGRAN takes a stand for ethical conduct in research and good publishing practices. It follows the standards established by the UNIGRAN Ethical Research Committee – CEP and by national and international institutions that regulate the ethical and integrity standards in scientific production and publishing.

Política de acesso livre: O acesso ao conteúdo integral da Revista Jurídica UNIGRAN é livre a todos os usuários pelo site: www.unigran.br/revista_juridica.

Free Access Policy: *Access to the full contents of the Revista Jurídica UNIGRAN is free for all users through the site*: www.unigran.br/revista_juridica.

Sumário

APRESENTAÇÃO.....13

EDITORIAL "MESMO QUANDO TUDO PEDE UM POUCO MAIS DE CALMA, A VIDA NÃO PARA": O exercício da paciência como resiliência em tempos de pandemia de covid-19 17
Even when everything asks for a little more calm, life does not stop" The exercise of patience as resilience in times of covid-19 pandemic
Cecilio Argolo Junior

O PRINCÍPIO DA LAICIDADE ESTATAL E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DE INTERFERÊNCIA DO PODER RELIGIOSO NAS DECISÕES LEGISLATIVAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS VOLTADAS À PROTEÇÃO DA MULHER.....21
The Principle of State Secularism and the Constitutional Limits of Interference of Religious Power in Legislative Decisions of the Chamber of Deputies for the Protection of Women
Maísa de Oliveira; Pedro Pulzatto Peruzzo.

A DESIGUALDADE E A RETRAÇÃO ÉTICA COMO FATORES DE INTENSIFICAÇÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA 47
Inequality and ethical retraction as factors for intensifying regulatory activity
Marcelo Garcia da Cunha

ESPECIFICIDADES DO MODELO DE DESCENTRALIZAÇÃO MOÇAMBICANO: GÉNESE, EVOLUÇÃO E DESAFIOS.....59
Mozambican Decentralization Model Specificities: genesis, evolution and challenges
Edson da Graça Francisco Macuácua

POLÍTICA FISCAL E EXTRAFISCAL COMO FORMA DE PROMOÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL.....87
Fiscal and extra-fiscal policies as a means of promotion for Social Justice
Maria de Fátima Ribeiro; Allan Thiago Barbosa Arakaki.

A VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE EVOLUTIVA CONSIDERANDO O CONTROLE DIFUSO E O NOVO CPC E O CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS 103
The binding of decisions handed down by the Supreme Court: evolutionary analysis considering the diffuse control and the new CPC and abstract control of standards
Maria Aparecida do Nascimento Pereira; Gassen Zaki Gebara

CONCEPÇÕES DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: UM ESTUDO LEGISLATIVO NO MUNICÍPIO DE CIDADE OCIDENTAL, GOIÁS....113
Conceptions of Inclusive Education and the Constitutional Perspective: A Legislative Study in the Municipality of Cidade Ocidental, Goiás
Andréa Brito de Souza; Adilson Souza Santos

A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DOS CONSUMIDORES AUTISTAS.....127
The importance of the judicial process for the effectiveness of contractual relationships by autistic consumers
Fabiane Feltrin dos Anjos; Ademos Alves da Silva Junior

POLÍCIA CIVIL/MS: O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E A INFLUÊNCIA DA PRECARIEDADE DE RECURSOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE POLICIAL JUDICIÁRIA.....141
Civil police/MS: the fundamental right to public security and the influence of the lack of resources in the exercise of judicial police activity
Felipe Denadai Duarte de Souza; Gilberto Ferreira Marchetti Filho

A GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO EM CASOS DE DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL LITIGIOSA 157
Shared guard of pets in cases of litigious marriage dissolution
Viviane Galvão Hernandes; Valeska Vendramin Guimarães

ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICOS E A COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA . 177
Accumulation of posts, jobs and public functions and the compatibility of hours in the light of Federal Constitution and Brazilian jurisprudence
João Guilherme Alves Pereira; Vinicius de Almeida Gonçalves.

A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ECA E NA CONVENÇÃO DE HAIA: ALGUMAS NOTAS.....193
International adoption in the ECA and the Hague Convention: some notes
Marielle Beatriz Cominetti; Robson Moraes dos Santos

ANÁLISE DE ACÓRDÃO STF RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.967 E A INCONSTITUCIONALIDADE DE DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS DO EMPREGADOR E SEGURADA SOB O SALÁRIO MATERNIDADE.....211
A Extraordinary Appeal 567,967 of the Supreme Court and the unconstitutionality of the employer's pension discounts and insured by maternity pay
Ana Cristina Baruffi.

APRESENTAÇÃO

É com satisfação apresentamos mais uma edição da Revista Jurídica Unigran. Em conformidade com o escopo e finalidade da revista, procuramos consolidar neste número artigos que discutem questões atuais do direito, bem como sinalizam por avanços na construção de uma sociedade mais justa, especialmente em tempos de pandemia. Sem dúvidas, todos tivemos que nos reiventar para dar continuidade às atividades acadêmicas. Foram momentos de aprendizagem, de motivação e de novas propostas.

Dentre os vários artigos submetidos à avaliação, foram selecionados para publicação onze artigos e uma análise de jurisprudência. Aqui apresentamos o nosso agradecimento aos avaliadores *ad hoc* que prontamente deram suas avaliações, permitindo uma revisão por pares, bem como o aperfeiçoamento de muitos trabalhos, devidamente revisados.

Neste número, são abordados temas vinculados à ciência política, ao direito constitucional, ao direito contratual, ao direito de família, ao direito penal e segurança pública, e ao direito administrativo e previdenciário.

Cecilio Argolo Júnior nos brinda com o editorial " Mesmo quando tudo pede um pouco mais de calma, a vida não para". A partir da composição "Paciência" do cantor Lenine e de Dudu Falcão, Argolo Junior traz um ensaio sobre o equilíbrio e a homeostasia das emoções, lembrando que desacelerar para pensar com acuidade é condição sutil e assertiva para mantermos abertos o canal de possibilidade e ações a serem escolhidas nas tomadas de decisão em tempos difíceis, em tempos de pandemia da Covid-19.

Maísa de Oliveira e Pedro Pulzatto Peruzzo analisam, no artigo "O princípio da laicidade estatal e os limites constitucionais de interferência do poder religioso nas decisões legislativas da câmara dos deputados voltadas à proteção da mulher", à luz do princípio da laicidade estatal e no contexto do Estado Democrático de Direito, os limites de interferência do poder religioso nas decisões legislativas da Câmara dos Deputados relativas à proteção e à efetivação dos direitos e garantias constitucionais das mulheres, através da análise de proposições legislativas apresentadas na Câmara dos Deputados cuja abordagem central estivesse relacionada aos direitos das mulheres.

"A desigualdade e a retração ética como fatores de intensificação da atividade regulatória" é a contribuição de Marcelo Garcia da Cunha. No texto, o autor reflete sobre a atividade regulatória, e nos fatores que concorrem para a concretização desse fenômeno, com especial atenção a aqueles decorrentes da desigualdade e da carência ética, destacando que um contexto social isonômico e eticamente equilibrado implica menor necessidade da função normatizante por parte do Estado, ao passo que uma situação inversa, per-

meada de desigualdades e de rupturas éticas, demanda uma intensificação dessa atividade.

Edson da Graça Francisco Macuácua, no artigo "Especificidades do Modelo de Descentralização Moçambicano: génese, evolução e desafios" aborda as especificidades do modelo de descentralização naquele país, apresentando a gênese histórica do processo da descentralização, a sua evolução, as entidades descentralizadas criadas e os desafios emergentes.

"Política fiscal e extrafiscal como forma de promoção da justiça social" é o tema central do artigo de Maria de Fátima Ribeiro e Allan Thiago Barbosa Arakaki, no qual traçam reflexões importantes sobre o papel das políticas fiscal e extrafiscal como forma da promoção da justiça social e dos direitos fundamentais.

O sistema jurídico brasileiro, notadamente de base romano-germânica, tem expressado, em diferentes documentos, um certo interesse pelos precedentes, instituto próprio do direito americano. É exatamente sobre esse tema que Maria Aparecida do Nascimento Pereira e Gassen Zaki Gebara voltam o olhar. No artigo "A vinculatividade das decisões proferidas pelo supremo tribunal federal: análise evolutiva considerando o controle difuso e o novo CPC e o controle abstrato de normas" analisam a vinculatividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sua evolução e extensividade, com ponderações sobre o "sistema de precedentes" e a abstrativização do controle difuso.

Como um direito fundamental, a educação inclusiva é o tema de Andréa Brito de Souza e Adilson Souza Santos. No artigo "Concepções da educação inclusiva e a perspectiva constitucional: um estudo legislativo no município de Cidade Ocidental (GO)" destacam a importância da educação como instrumento de valorização das pessoas como cidadãos, com respeito às suas características e necessidades individuais e de aprendizagem e o seu desenvolvimento interpessoal.

O crime cibernético é o tema de Eduarda Quinteiro Ramos Portela, Lillian Sampaio Ramos, Maria Clara Viana Rosiak e Mayke Stofel Sampaio. No artigo "Reflexões contextuais sobre o crime cibernético: das mudanças operadas aos desafios impostos" analisam, à luz da doutrina e da jurisprudência, a tipificação dos crimes praticados em ambiente virtual e a necessidade de uma tipificação penal própria. Destacam que as medidas tomadas pelo Estado brasileiro no combate aos crimes virtuais, tanto no que permeia a eficácia quanto a densidade, promove uma incômoda situação de deficiência legal para punição exemplar daqueles que se utilizam do meio informático para efetuar atividades nocivas ao conjunto da sociedade.

Fabiane Feltrin dos Anjos e Ademos Alves da Silva Junior, no artigo "A importância do processo judicial para a efetivação das relações contratuais dos consumidores autistas", abordam duas questões centrais – as relações contratuais e a necessidade de efetividade das normas e reconhecimento de direitos arduamente conquistados. De modo

específico, analisam a efetividade das políticas públicas existentes no Brasil voltadas às pessoas com TEA – Transtorno do Espectro Autista, e estabelecem a importância da tutela judicial para a solução de conflitos existentes. Assinalam que o autista que depende da rede pública de saúde sofre com a precariedade do sistema fornecido, e, por outro lado, aqueles que possuem condições de custear um plano privado de saúde, não muito obstante, têm que recorrer à justiça para de fato terem acesso ao que foi acordado no contrato.

A segurança pública é uma das grandes questões do Estado brasileiro. As dificuldades no enfrentamento do crime são muitas. A precariedade de recursos afetam diretamente a estruturação da polícia civil, colocando em risco a própria persecução penal. Essa análise é apresentada por Felipe Denadai Duarte de Souza e Gilberto Ferreira Marchetti Filho no artigo "Polícia civil/MS: o direito fundamental à segurança pública e a influência da precariedade de recursos no exercício da atividade policial judiciária"

Viviane Galvão Hernandes e Valeska Vendramin Guimarães, no artigo "A guarda compartilhada de animais de estimação em casos de dissolução matrimonial litigiosa", analisam a evolução do tratamento jurídico dado aos animais de estimação e a atuação do Estado quando é chamado a interferir, ressaltando as possíveis medidas a serem adotadas no curso de um processo de dissolução da conjugalidade a fim de atender ao melhor interesse dos animais de estimação.

O direito administrivo é o campo de investigação de João Guilherme Alves Pereira e Vinicius de Almeida Gonçalves. No artigo "Acumulação de cargos, empregos e funções públicos e a compatibilidade de horários à luz da constituição federal e jurisprudência pátria", os autores, à luz da Constituição Federal e da jurisprudência, analisam o instituto da acumulação de cargos, empregos e funções tanto da Administração Pública direta, como indireta, apresentando a mudança de posição da AGU sobre o tema, em sintonia com a jurisprudência consolidada do STF, e a necessária regulação em respeito ao disposto na CF e aos princípios básicos da Administração pública, notadamente o princípio da eficiência.

No artigo "A adoção internacional no ECA e na Convenção de Haia: algumas notas", Marielle Beatriz Cominetti e Robson Moraes dos Santos analisam a adoção internacional destacando os principais aspectos que norteiam a adoção internacional, sua excepcionalidade e importância da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de adoção internacional ocorrida em Haia no ano de 1993, da qual o Brasil é signatário (Decreto n.° 3.087/99).

Na seção Análise de Jurisprudência, Ana Cristina Baruffi analisa o voto do Ministro Relator Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 567.967 que decide pela inconstitucionalidade de descontos previdenciários do empregador e segurada sob o

salário maternidade. Além de firmar o tema 72 de repercussão geral, a decisão declarou a inconstitucionalidade de duas normas da Lei 8.212/91 presentes no artigo 28: o parágrafo segundo e da parte final da alínea "a" do parágrafo nono. A autora analisa os efeitos práticos do julgado, inclusive em um comparativo com o parecer 183611/2020 exarado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que fundamenta a permanência da incidência da contribuição previdenciária sob o benefício com base no artigo 195, II da CF por parte da segurada.

Com suporte na contribuição de Argolo Junior, no editorial, merecedor de leitura atenta e reflexiva, concluo que "Até quando o corpo pede um pouco mais de alma, a vida não para" (LENINE; DUDU FALCÃO, 1999, p. 1). Se pararmos para pensar no tempo que gastamos para acelerar os eventos de nossas vidas, veremos que de nada adiantou essa pressa, pois "a vida é rara" (LENINE; DUDU FALCÃO, 1999, p. 1).

Uma boa leitura.

Helder Baruffi - editor

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

EDITORIAL
"MESMO QUANDO TUDO PEDE UM POUCO MAIS DE CALMA, A VIDA NÃO PARA": O exercício da paciência como resiliência em tempos de pandemia de covid-19

Even when everything asks for a little more calm, life does not stop": The exercise of patience as resilience in times of covid-19 pandemic

Cecilio Argolo Junior[1]

O título que ilustra este editorial é parte da composição "Paciência" dos cantores Lenine Macedo Pimentel, ou simplesmente, LENINE, o "Leão do Norte", e Carlos Eduardo Carneiro de Albuquerque Falcão, Dudu Falcão, renomados e conhecidos artistas pernambucanos. Esta música faz parte do álbum "Na pressão", lançado em 1999, há anos esgotado no catálogo da gravadora.

Paciência é um estado de espírito, um dever-ser, condição do temperamento emocional que cunha os acontecimentos que extrapolam a vontade racional do indivíduo. É característica aprendida e bastante utilizada para a manutenção e controle da díade, mente e corpo.

Esse importante exercício mental proporciona ao indivíduo o equilíbrio e a homeostasia das emoções, abastecendo a alma com energia suficiente para dar à estrutura psicoemocional e corporal forças supremas capazes de transformar a vida, vencer obstáculos, impedir o medo, afastar ameaças e, sobretudo, propiciar a satisfação plena de um estado emocionalmente estável e seguro. Essa condição de espírito permite a (res)significação de atitudes ao rever comportamentos ansiosos, fantasiosos, imediatistas e egoístas.

Mas, o que fazer para cultivar a paciência?

Para o indivíduo gozar desse importante e raro privilégio, é necessário o autocontrole e

1 Psicólogo pesquisador. Doutorando em Psicologia Clínica pela Universidade Católica de Pernambuco, Recife(PE). Mestre em Pesquisa em Saúde pelo Centro Universitário CESMAC, Maceió (AL). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia, Belém (PA). Articulista com diversas obras publicadas em revistas científicas e parecerista ad hoc. E-mail: cargolo.junior@gmail.com.

isso implica arte de aprender (a aprender) e a tolerar sofrimentos antecipados elevando o desejo de se autoconhecer. Assim, "Conhece-te a ti mesmo e conhecerás o universo e os deuses", Sócrates. Esse aforismo grego está escrito na entrada do Templo de Delfos, lugar Sagrado construído em honra e glória da memória de Apolo, Deus grego do Sol, da beleza e da harmonia (VELOSO, 2017), para mostrar a importância do autocontrole.

Não existe outro caminho para chegar à paciência sem a priori se autoconhecer. Esse encontro natural do indivíduo consigo próprio vincula em uma única razão o equilíbrio da alma, o autocontrole das emoções e a continência do coração, estabelecendo entre si um diálogo inconsciente perfeito da sabedoria e do amadurecimento. Purificação essa de um sistema de autoconsciência e efeitos interiores que produzem novos resultados e proporcionam qualidade de vida.

Por isso, (res)significar atitudes, rever comportamentos imediatistas, desvencilhar-se do egoísmo, cultivar a humildade, exercitar a generosidade e praticar a solidariedade e o altruísmo são importantes etapas a serem cumpridas, condições que poderão garantir ao indivíduo a sua própria sobrevivência psicoemocional em tempos de pandemia da covid-19.

Para Frei Betto, ao carregarmos à água corrente de um rio para banharmos o nosso corpo, fortalecemos os nossos músculos e aprendemos o significado de nossa força e do sacrifício que fizemos para nos manter limpos. Essa metáfora significa, em outras palavras, que o esforço físico é condição que nos ajudará a enxergar a grandeza de nossas próprias ações. Assim, ao conseguirmos atravessar os nossos próprios abismos interiores e vencermos os nossos medos e fragilidades, estaremos preparados para enfrentar qualquer ameaça que ouse nos visitar, por mais invisível que seja a nossos olhos. Entretanto, para isso é preciso ter fé, pois "Sem fé, não haverá tolerância; sem tolerância impossível haver a paciência" (FREI BETTO, 2020, p. 1).

Nessas razões, "Mesmo quando tudo pede um pouco mais de calma, até quando o corpo pede um corpo mais de alma, a vida não para" (LENINE; DUDU FALCÃO, 1999, p. 1). Desacelerar para pensar com acuidade é condição sutil e assertiva para mantermos abertos o canal de possibilidade e ações a serem escolhidas nas tomadas de decisão em tempos difíceis.

O cérebro e o pensamento são elementos indissociáveis. E sua relação com o mundo exterior não deve ser considerada uma simples reprodução mental dos efeitos fisiológicos e emocionais produzidos pelos canais cognitivos (CANGUILHEM, 2006).

As cargas negativas de emoções acumuladas, diariamente, em forma de distresse, vão nos desgastando, sangrando as nossas emoções e comprometendo o funcionamento harmônico de nossos órgãos, refletindo em nosso organismo de forma psicossomática (RANGEL; GODOI, 2009). Como se sabe, o nosso corpo é a combinação de dois

elementos desligáveis, a mente e o corpo, os quais interagem com o meio e trabalham em conjunto (DAMÁSIO, 1996).

René Descartes (1640) já lecionava a seus discípulos a indivisibilidade da alma por estar diretamente ligada ao corpo e ser impossível separá-la. É essa conexão que permite atingir outras dimensões necessárias ao estabelecimento das relações com o mundo exterior (LUCCHETTI et al., 2013). Por isso, "Até quando o corpo pede um pouco mais de alma, a vida não para" (LENINE; DUDU FALCÃO, 1999, p. 1). Se pararmos para pensar no tempo que gastamos para acelerar os eventos de nossas vidas, veremos que de nada adiantou essa pressa, pois "a vida é rara" (LENINE; DUDU FALCÃO, 1999, p. 1).

Por conseguinte, essa nova doença que nos visita, covid-19, causada por um vírus zoonótico, Coronavírus, invisível a olho nu, ainda desconhecida pelos cientistas, com poucas informações, mas enorme poder de contágio e proliferação e, na grande maioria das vezes, mortal, vem nos dando a oportunidade única de repensarmos a nossa verdadeira função na sociedade.

Por isso, desacelerar para continuarmos vivos. E acreditar que tudo acontecerá em seu tempo e devido momento, sem pressa. Para isso, devemos estar preparados emocionalmente e com estratégias de sobrevivência, blindando os próximos acontecimentos. Estamos preparados para isso? "Será que é tempo que [nos] falta para perceber? Será que temos tempo para perder? E quem quer saber? A vida é tão rara. Tão rara" (LENINE; DUDU FALCÃO, 1999, p. 1).

A certeza de nossa finitude nos apavora, mas, também, nos traz grandes reflexões. Por mais que sejam difíceis esses dias que vivemos, atualmente, buscando "[...] a cura de um mal, mesmo a loucura fingindo que isso não é normal, [...] a vida não para" (LENINE; DUDU FALCÃO, 1999, p. 1).

Re-si-li-ên-ci-a! Nada mais pertinente para esse momento em que vivemos de dúvidas, tristezas, sofrimentos, lutos e incertezas. Ser resiliente é enfrentarmos ativamente todos os obstáculos que aparecerem em nosso caminho. É superarmos qualquer problema. É recomeçarmos quantas vezes forem necessárias para o nosso crescimento pessoal e desenvolvimento social. É transformarmos os momentos tristes em possibilidades para dias melhores. É sermos altruístas. É construirmos um novo ser diante de qualquer problema que venha aparecer.

Para que tudo isso aconteça, não posso fingir ter paciência, pois "O mundo vai girando cada vez mais veloz", mesmo esperando "[...] do mundo e o mundo [esperando] de nós, um pouco mais de paciência" (LENINE; DUDU FALCÃO, 1999, p. 1).

Por fim, precisamos mais de paciência, mesmo sabendo que "a vida não para, não para" (LENINE; DUDU FALCÃO, 1999, p. 1).

REFERÊNCIAS

CANGUILHEM, G. O cérebro e o pensamento. Natureza Humana, v. 8, n. 1, p. 183-210, jan.-jun., 2006. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/nh/v8n1/v8n1a06.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

DAMÁSIO, A. O erro de descartes. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

FREI BETTO (Carlos Alberto Libânio Christo). O exercício da paciência. Freibetto org, 2020. Disponível em: https://www.freibetto.org/index.php/artigos/14-artigos/43-o-exercicio-da-paciencia. Acesso em: 30 ago. 2020.

LENINE (Lenine Macedo Pimentel); DUDU FALCÃO (Carlos Eduardo Carneiro de Albuquerque Falcão). Paciência. Álbum "Na pressão", 1999. Disponível em: https://www.letras.mus.br/lenine/47001/. Acesso em: 30 ago. 2020.

LUCCHETTI, G.; DAHER JR., J.C.; LANDOLI, JR., D.; GONÇALVES, J.P.B.; LUCCHETTI, A.L.G. Aspectos históricos e culturais da glândula pineal: comparação entre teorias fornecidas pelo Espiritismo na década de 1940 e a evidência científica atual. Neuroendocrinol. Lett., v. 34, n. 8, p. 745-755, 2013. Disponível em: https://www.febnet.org.br/wp-content/uploads/2012/06/Artigo-Cient%C3ADfico-Aspectos-históricos-Peneal.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

RANGEL, F.B.; GODOI, C.K. Sintomas Psicossomáticos e a Organização do Trabalho. Rev. Bras. Gestão de Negócios, São Paulo, v. 11, n. 33, p. 404-422, out./dez., 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbgn/v11n33/1983-0807-rbgn-11-33-404.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

VELOSO, L. Conhece-te a ti mesmo e conhecerás o universo... O segredo, 2017. Disponível em: https://osegredo.com.br/conhece-te-ti-mesmo-e-conheceras-o-universo/. Acesso em: 30 ago. 2020.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 10.09.2020
Aceito em: 20.09.2020

O PRINCÍPIO DA LAICIDADE ESTATAL E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DE INTERFERÊNCIA DO PODER RELIGIOSO NAS DECISÕES LEGISLATIVAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS VOLTADAS À PROTEÇÃO DA MULHER

The Principle of State Secularism and the Constitutional Limits of Interference of Religious Power in Legislative Decisions of the Chamber of Deputies for the Protection of Women

Maísa de Oliveira[1]

Pedro Pulzatto Peruzzo[2]

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar, à luz do princípio da laicidade estatal e no contexto do Estado Democrático de Direito, os limites de interferência do poder religioso nas decisões legislativas da Câmara dos Deputados relativas à proteção e à efetivação dos direitos e garantias constitucionais das mulheres. O texto foi desenvolvido através de pesquisas bibliográficas e da análise de projetos de lei em trâmite naquela Casa Legislativa no período compreendido entre 2007 e 2019, considerando o parâmetro de busca "mulher". O trabalho foi desenvolvido a partir do estudo da relação existente entre os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado e da sua aparente colisão nos casos em que valores e dogmas religiosos são utilizados por parlamentares para fundamentar suas decisões políticas. Nesse sentido, com o intuito de compreender a forma como esses valores e dogmas são materializados no momento da tomada de decisões dos congressistas e considerando a necessidade de uma limitação do âmbito de interferência do Estado na

ABSTRACT

This work aims to analyze, in the light of the principle of state secularism and in the context of the Democratic State of Law, the limits of interference of religious power in the legislative decisions of the Parliament regarding the protection and the effectiveness of the constitutional rights and guarantees of women. The text was developed through bibliographic research and the analysis of bills in process in the Chamber of Deputies in the period between 2007 and 2019, considering the search parameter "woman". The work was developed from the study of the relationship between the principles of religious freedom and the secularity of the State and its apparent collision in cases where religious values and dogmas are used by parliamentarians to support their political decisions. In this sense, in order to understand how these values and dogmas are materialized when making decisions by parliamentarians and considering the need to limit the scope of State interference in the private sphere of individuals, we analyze legislative

1 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

2 Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Mestre e Doutor em Direito pela USP. Advogado e consultor geral da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP.

esfera privada dos indivíduos, analisamos proposições legislativas apresentadas na Câmara dos Deputados cuja abordagem central estivesse relacionada aos direitos das mulheres. A análise das proposições foi feita a partir de resposta à consulta feita à Casa legislativa através da lei de acesso à informação.

PALAVRAS-CHAVE

Estado laico, liberdade religiosa, Câmara dos Deputados, mulheres, direitos humanos

proposals presented in Chamber of Deputies whose central approach was related to women's rights. The analysis of the proposals was made based on the answer to the consultation made to the legislative houses through the law of access to information.

KEYWORDS

Secular State, religious freedom, Chamber of Deputies, women, human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Liberdade religiosa, laicidade estatal e os limites da interferência religiosa nos projetos de lei da câmara dos deputados. 3. O abuso do poder religioso na tomada de decisões dos parlamentares da câmara dos deputados e as suas consequências à efetivação dos direitos da mulher. 4. Considerações finais. 5. Referências.

***SUMMARY**: 1. Introduction. 2. Religious freedom, state secularity and the limits of religious interference in the bills of the Chamber of Deputies. 3. The abuse of religious power in the decision-making of parliamentarians in the Chamber of Deputies and their consequences for the enforcement of women's rights. 4. Final considerations. 5. References.*

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 impõe, no artigo 19, inciso I, a separação entre Estado e religião. Deste artigo decorre o princípio da laicidade estatal, que pressupõe que o Estado, embora deva garantir proteção a todas as formas de manifestação religiosa de seu povo (ou mesmo a ausência desta manifestação, no caso dos ateus e agnósticos – vide artigo 216 da Constituição), deve sempre estar legitimado no interesse público em detrimento dos dogmas religiosos, pois a defesa de um Estado secularizado é essencial para a preservação da democracia e para a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos a todos os cidadãos, os que têm e os que não têm religião.

Entretanto, grande problema surge quando, nos espaços de disputa e negociação política, especialmente no âmbito do Poder Legislativo, o princípio da laicidade estatal entra em aparente colisão com um outro princípio garantido constitucionalmente, qual seja o da liberdade religiosa.

É axiomático o fato de que a religião não somente exerce forte influência sobre a tradição cultural brasileira, determinando, direta ou indiretamente, o comportamento dos indivíduos na esfera privada, como também tem constituído fator determinante na tomada de decisão de parlamentares representantes de denominações religiosas dentro do Congresso Nacional, que se utilizam de valores morais e de dogmas da religião para fundamentar suas decisões e impor a "palavra do seu Deus", de forma explícita ou não, como o principal instrumento regulador de uma sociedade na qual impera o pluralismo cultural e religioso.

Neste contexto, se por um lado a Constituição Federal garante o dever de respeito do Estado em relação a todos os tipos de religião e também o ceticismo e o ateísmo a fim de assegurar a democracia e os direitos fundamentais de todos os indivíduos, por outro lado também protege, de forma ampla, a liberdade religiosa de todos os seus cidadãos, inclusive de seus agentes estatais.

Nesse sentido, para que violações a direitos humanos fundamentais não sejam deflagradas em razão de eventual abuso do poder religioso, a ação estatal deve respeitar o seu "propósito legislativo secular"[3], isto é, necessita manter o foco no interesse público e, consequentemente, deve seguir desvinculada de valores, crenças e princípios religiosos[4], tendenciosos ao privilégio de determinados seguimentos da sociedade e à exclusão de grupos minoritários, cujas características não se enquadram no modelo social moralmente "adequado".

Em decorrência disso, o objetivo central deste artigo foi investigar, à luz da Constituição Federal de 1988, quais os limites da interferência religiosa na tomada de decisão dos parlamentares do Congresso Nacional para que esse propósito legislativo secular seja concretizado, de modo a garantir a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos de diferentes crenças, especialmente das minorias sociais que, como ocorre no caso das mulheres, são compelidas à assimilação de valores impostos por meio de decisões legislativas fundamentadas, direta ou indiretamente, em dogmas de grupos religiosos que exercem o poder violando os limites constitucionais.

Para atingir o objetivo supramencionado, o trabalho foi dividido em dois capítulos e desenvolvido a partir de um estudo exploratório, consistente na realização de pesquisa bibliográfica e na análise de leis e projetos de leis em trâmite no Congresso Nacional, o que operacionalizamos pela Lei de Acesso de Informação.

No primeiro capítulo, buscamos explicitar a fundamentação dos princípios da liberdade religiosa e da laicidade estatal a partir de uma análise da Constituição Federal de 1988, bem como o funcionamento e o papel social que, teoricamente, deveria ser exercido pelo Congresso Nacional como órgão constituído pelos representantes diretos do povo.

No segundo capítulo, com o intuito de investigar a forma como se materializam os valores morais e religiosos dos congressistas no momento de sua tomada de decisões,

3 ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. 226 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 43. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/pt-br.php. Acesso em: 2019-10-02.

4 O princípio da liberdade religiosa assegura aos parlamentares a possibilidade de assumirem uma religião e de conduzirem os seus atos na esfera privada de acordo com a sua fé. Entretanto, todas as decisões tomadas no exercício de suas funções públicas devem ser pautadas em critérios objetivos e laicos, respeitando o interesse público e, consequentemente, os direitos e garantias fundamentais dos demais indivíduos, já que o Parlamento não pode, em hipótese alguma, ser confundido ou transformado em local de culto e, do mesmo modo, a função legislativa em profissão de fé.

foi realizado um levantamento junto à Câmara dos Deputados, através de Lei de Acesso à Informação (protocolo 190109-000180), relativo aos projetos de lei apresentados no período de 2007 a 2019 considerando o parâmetro de busca "mulher". O estudo focado na Câmara dos Deputados se justifica pelo fato de ser a Casa Legislativa que representa o povo no Congresso Nacional.

O resultado obtido foi de 1.578 proposições legislativas, de modo que, ao investigar de modo mais aprofundado as motivações nelas apresentadas, identificamos um número excessivamente elevado de violações a direitos em decorrência da transformação da ação legislativa em profissão de fé (em especial, àqueles referentes à liberdade sexual e reprodutiva), as quais puderam ser constatadas em 31 projetos de lei de forma expressa, como será demonstrado.

Observamos, ainda, que, dentre os resultados encontrados, o aborto foi o tema mais abordado pelos parlamentares em suas reivindicações ao Congresso Nacional, o que indica um possível retrocesso na legislação sobre direitos reprodutivos e sexuais[5], na medida em que o foco do feto como sujeito de direitos é desviado e inserido numa discussão religiosa que pode assumir inúmeras formas distintas. Esse registro é importante, especialmente num momento em que temos assistido o descaso de lideranças religiosas com as vidas de pessoas que se acumulam em locais de culto no curso da pandemia de COVID. Se a vida do feto importa, todas as vidas humanas deveriam importar. A história atual do país tem descortinado uma contradição no discurso e, ao mesmo tempo, a evidência de que os argumentos utilizados nos referidos projetos que tratam sobre abordo e saúde reprodutiva têm menos a intenção de proteger a vida de fetos e mais a intenção de controlar os corpos das mulheres.

Em razão disso, o presente artigo tem como objetivo a análise, a partir das proposições legislativas levantadas, da influência da religião na tomada de decisão na Câmara dos Deputados, bem como do perfil dos respectivos atores políticos, e de que maneira isso pode ser caracterizado como instrumento de restrição dos direitos e garantias individuais das mulheres, que representam um dos grupos mais subjugados da história deste país.

Ao final, será apresentada uma proposta de controle jurídico desse problema, fundamentada na técnica de restrição de princípios e garantias constitucionais que protegem os direitos e liberdades individuais das mulheres, por vezes suprimidos por decisões legislativas fundadas estritamente em valores morais ou em dogmas religiosos. Para tanto, sustentamos a necessidade de uma limitação no âmbito de intervenção do

5 MARIANO, R.; BIROLI, F. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. Cadernos Pagu, Campinas, n. 50, e175013, set. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200505&lng=en&nrm=iso. Acesso em 25 set. 2019.

Estado na esfera privada dos indivíduos, nas situações em que a moralidade religiosa prevalece sobre o interesse público e a liberdade religiosa é desvirtuada por atores políticos no exercício de suas funções estatais.

2. LIBERDADE RELIGIOSA, LAICIDADE ESTATAL E OS LIMITES DA INTERFERÊNCIA RELIGIOSA NOS PROJETOS DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Inicialmente, é importante registrar que o debate a respeito da legitimidade da intervenção da religião no espaço público não é recente, sendo, historicamente, fato gerador de intensas discussões no âmbito político, jurídico e doutrinário, em razão das consequências que a aparente colisão dos princípios da laicidade estatal e da liberdade religiosa podem acarretar.

Com efeito, a laicidade estatal foi introduzida na Constituição Federal como um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, essencial para a preservação da democracia e para a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos aos cidadãos, haja vista pressupor que, embora o Estado deva garantir proteção a todas as formas de manifestação religiosa de seu povo (ou mesmo a ausência desta manifestação, no caso dos ateus), deve sempre estar "legitimado na soberania popular em detrimento dos dogmas religiosos"[6].

A laicidade estatal não possui, todavia, uma definição expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas os elementos que a fundamentam podem ser deduzidos do próprio corpo constitucional.

Nesse contexto, ao se analisar o artigo 19, inciso I, da Constituição Federal[7], extrai-se uma imposição expressa da separação entre Estado e religião, a qual constitui, indubitavelmente, parte substancial do princípio da laicidade estatal, ainda que com este não se confunda, uma vez que o conceito de laicidade se mostra mais amplo e garante não só a neutralidade estatal, como também o pluralismo religioso ao proteger toda e qualquer forma de manifestação religiosa.

Vale dizer, em que pese ao Estado seja vedada a manutenção de relações de dependência e de aliança com quaisquer entidades religiosas, ao mesmo é permitida a "colaboração de interesse público", ou seja, aquela cujo interesse pertence à coletividade e cujos termos estejam em consonância com os direitos e garantias assegurados pelo

6 ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. 226 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 41. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/pt-br.php. Acesso em: 2019-10-02.

7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

ordenamento jurídico vigente.

A título de exemplificação, citamos aqui o acordo firmado entre Brasil e Santa Sé no ano de 2010, através do Decreto nº 7.107, que, com fundamento no direito fundamental à liberdade de religião, garantiu o exercício público das atividades religiosas da Igreja Católica no país, mediante a observância do ordenamento jurídico brasileiro, atendendo plenamente o disposto na parte final do dispositivo legal supramencionado[8].

Ressaltamos, ademais, que o princípio da laicidade também decorre, acertadamente, de uma "diretriz geral de democracia"[9] instituída pela Constituição Federal, que, logo no *caput* de seu artigo 1º, estabelece que a "República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito" e consagra como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, além de traçar como objetivos essenciais a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária" e a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" [10].

Assim sendo, ao excluir da atuação estatal a incidência de valores e de dogmas da religião como fontes do Direito, o princípio da laicidade, no contexto de um Estado Democrático de Direito, torna-se um dos principais mecanismos de proteção da democracia e de promoção da justiça social, ao passo que garante o pluralismo em seu sentido mais amplo e concretiza os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, em especial o da igualdade e o da liberdade.

E, no tocante a esses direitos fundamentais, cumpre-nos também destacar aqui o direito à liberdade religiosa, haja vista se tratar naturalmente do consectário lógico do princípio da laicidade estatal, vez que decorrente da proteção pelo Estado da liberdade de escolha dos particulares em relação às suas "visões do mundo, religiosas ou não"[11] e do rompimento de uma hegemonia teísta imposta durante séculos no país.

Nesse sentido, a Constituição Federal[12], em seu artigo 5º, inciso VI, estabelece a inviolabilidade da "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

8 BRASIL. Decreto nº 7107, de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

9 ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. 226 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 32. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/pt-br.php. Acesso em: 2019-10-02.

10 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

11 MOURA, P. C. S e. A atuação da religião na política brasileira contemporânea: Uma análise crítica dos projetos de lei da bancada evangélica no Congresso Nacional. 2017. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia. 2017. p. 20. Disponível em: https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20244/3/AtuacaoReligiaoPolitica.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

12 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

e a suas liturgias".

Observa-se que a proteção imposta pelo comando normativo é dirigida tanto à liberdade de consciência, quanto à liberdade religiosa, a qual se desdobra em liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa. Com efeito, liberdade de consciência "consiste essencialmente na liberdade de opção, de convicções e de valores, ou seja, a faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria ou alheia"[13], sejam estes de cunho religioso ou não.

Já a liberdade religiosa pode ser considerada como um aspecto da liberdade de consciência e envolve, segundo José Afonso da Silva, a liberdade de aderir a uma religião, de mudar de religião, ou ainda de não aderir a religião nenhuma, de modo que "as convicções e as práticas religiosas são questões de foro íntimo, indiferentes ao estatuto social, profissional ou político dos cidadãos" [14].

Evidenciamos, assim, a existência de uma linha tênue entre laicidade estatal e liberdade religiosa, na medida em que, à luz da Constituição Federal de 1988, o Estado não somente se encontra incumbido de se manter neutro em relação aos modelos confessionais, como também possui a obrigação positiva de garantir de forma ampla a liberdade de escolha de seus indivíduos (seja em relação à adoção de uma religião, seja em relação à rejeição de todas elas), prevenindo e remediando toda e qualquer violação perpetrada por particulares ou por agentes estatais quando da exteriorização desse direito em sociedade.

Na esfera do Poder Público, especialmente na do Poder Legislativo, a análise de tal assertiva é ainda mais expressiva nas hipóteses em que a atuação de parlamentares vinculados a determinados tipos de religiões (notadamente às de origem cristã) transcende os limites constitucionalmente impostos e passa a ser assentada, direta ou indiretamente, em preceitos religiosos, sob o fundamento de que, não obstante a laicidade do Estado, a todos é garantido, indistintamente, o pleno exercício do direito à liberdade religiosa.

Em razão disso, para a teoria dos princípios[15], desenvolvida por Robert Alexy,

13 SEFERJAN, T. R. Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988. 2012. 162 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 14. DOI 10.11606/D.2.2012.tde-02042013-112226. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-02042013-112226/pt-br.php. Acesso em: 2019-10-02.

14 SILVA, J. A. da. Curso de direito constitucional positivo. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 249.

15 A teoria dos princípios, desenvolvida pelo autor alemão Robert Alexy, fundamenta-se na tese segundo a qual as normas jurídicas podem ser divididas tanto em regras quanto em princípios. Atribui, assim, a estes últimos um valor normativo, contrariando "as teorias positivistas que os relegavam a um plano secundário, subsidiário" (AMORIM, 2005, p. 124). Para Alexy (2008, p. 85), a distinção entre regras e princípios se dá precisamente por um critério qualitativo (e não meramente gradual) e constitui elemento essencial para a análise da estrutura das normas de direito fundamental. Partindo da dicotomia adotada por Ronald Dworkin, o autor (2008, p. 90-91) explica que princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes". Já as regras "são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Contêm, portanto, determinações no

haveria nestes casos, inequívoca "colisão" entre o princípio da laicidade estatal e o princípio da liberdade religiosa, o que pressuporia, em decorrência da peculiaridade de se constituírem "mandamentos de otimização" e considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, uma relação de precedência de um princípio em detrimento de outro[16].

E, para se determinar qual princípio prevalece factualmente, Alexy utiliza-se da máxima da proporcionalidade, a qual, para o autor, é avocada pela própria natureza dos princípios e composta por três máximas parciais, quais sejam a adequação, a necessidade (mandamento de meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (mandamento da ponderação propriamente dito)[17].

Entretanto, é possível observar que, ao contrário do que advoga a teoria dos princípios, esta colisão é meramente aparente.

Com efeito, para aquela teoria, os direitos fundamentais (e, por consequência, a sua proteção constitucional), ao serem "transformados e tratados como valores de natureza moral", passam "a ser, em sua essência, relativos e maleáveis"[18], o que resulta na exigência de restrições e limitações nas hipóteses de conflito, através da ponderação.

Objetando da teoria dos princípios de Robert Alexy, Friedrich Müller entende que a aplicação do sopesamento (ou proporcionalidade em sentido estrito), como forma de resolução de conflitos, é um método irracional, pois engloba um misto de "sugestionamento linguístico", "pré-compreensões mal esclarecidas" e "envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos" [19], cujo resultado não passa de mera suposição.

Müller sugere, então, a partir de sua teoria estruturante do Direito, que a colisão entre direitos fundamentais deve ser solucionada por meio não da ponderação, mas da "concretização racional", com base na análise do âmbito normativo das normas respectivas, a qual, por seu turno, constitui a dimensão fática da teoria referida, haja vista

âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível". Alexy (2008, p. 90) acrescenta, também, que a distinção entre as duas espécies normativas pode ser observada de forma ainda mais clara nos casos de "colisão" entre normas (princípios ou regras) cuja aplicação de forma isolada conduz a resultados incompatíveis entre si, culminando na existência de "dois juízos concretos de dever ser jurídico contraditórios". No tocante às regras, essa colisão "somente pode ser solucionada se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida" (ALEXY, 2008, p. 92). Por outro lado, em relação aos princípios, a colisão é solucionada através da prevalência de um princípio sobre o outro, não havendo, no entanto, a declaração de invalidade deste que foi desprezado. "O que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso" (AMORIM, 2005, p. 127), de acordo com a máxima da ponderação.

16 ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Kiel: Malheiros Editores, 2008. 627 p. p. 93. Disponível em: http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexy-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 05 jul. 2019.

17 Ibidem, p. 116-117.

18 LAURENTIIS, L. C. de. A Proporcionalidade no Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2017. 302 p. p. 171.

19 MÜLLER, F. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Tradução: Peter Naumann. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Síntese, 1999. 104 p.

se relacionar com a realidade que se pretende regular.

Ressaltamos, aqui, que o âmbito normativo é composto pela chamada "normatividade", ou seja, pela união entre programa normativo (texto da norma) e dados reais, os quais dão origem à dimensão jurídica da teoria estruturante do Direito.[20]

Desta forma, "analisar o âmbito normativo dos princípios (contidos nas normas de direitos fundamentais) em conflito significa perquirir pelo seu conteúdo material, que, junto com a normatividade, como visto, compõe a norma"[21]. Isso porque, "a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só são possíveis por intermédio de uma concretização da norma jurídica após árdua análise e limitação de seu âmbito normativo".[22]

A conclusão a que se chega, a partir dessas considerações, é que, em muitos casos, ao se delimitar estrutural e materialmente os teores de validade concorrentes, sequer há de se verificar a existência de conflito jurídico entre princípios, mas sim uma "situação de não-proteção de algumas ações pelo âmbito normativo material e factível das normas".[23]

É o que ocorre entre o princípio da laicidade estatal e o princípio da liberdade religiosa quando de seu exercício pelos parlamentares na Câmara dos Deputados. Isso porque, na condição de agentes públicos, os legisladores devem observância à Constituição, cujos preceitos fundamentais os impedem de assentar suas decisões em valores e dogmas religiosos, sob pena de violarem direitos individuais de outros indivíduos, que têm assegurada a laicidade estatal como princípio garantidor da supremacia do interesse público e dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Vale dizer, o princípio da liberdade religiosa não protege a ação de congressistas que intentam impor a sua crença através do exercício da função pública. Ao se delimitar estrutural e materialmente os teores de validade em tese concorrentes, constatamos que essa conduta sequer integra o âmbito normativo da norma contida naquele princípio, inexistindo, portanto, uma colisão real entre liberdade religiosa e laicidade estatal.

Em verdade, o que se verifica nesta situação é a necessidade de uma limitação do âmbito de interferência do Estado na esfera privada dos particulares cuja garantia da laicidade é violada pela ação de parlamentares obstinados a desvirtuar a liberdade religiosa assegurada constitucionalmente.

E isso não significa inferir que um direito fundamental será posto contra o outro

20 Ibidem.

21 CALETTI, L.; STAFFEN, M. R. O conflito entre princípios na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 13, n. 6, p. 74-87, jan./abr.2016. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/O_CONFLITO_ENTRE_PRINCIPIOS_NA_TEORIA_ESTRUTURANTE%20(1).pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

22 Ibidem, p. 84

23 Ibidem, p. 82

nem que sofrerá limitações ou relativizações em seu conteúdo propriamente dito. Pelo contrário. Ao ser concebido como um "instrumento jurídico voltado à defesa de seu titular contra intervenções estatais [...], o direito fundamental passa a ser considerado como uma categoria jurídica unidimensional"[24], emergindo, assim, um dever de

> [...] fundamentação das ingerências estatais no bem jurídico protegido. Seu conteúdo e sua extensão são determinados pela interpretação do sentido do parâmetro constitucional, mas isso não quer dizer que tais delimitações conceituais tenham restringido um valor independente e preexistente. Ao contrário, a proteção constitucional incide de forma definitiva uma vez que se verifique a intervenção no conteúdo da garantia por ela protegida. Limitação, restrição e intervenção incidem, assim, não sobre o próprio direito fundamental, e sim sobre o bem jurídico por ele protegido, que, para utilizar a expressão de Isensee, ao contrário do direito fundamental, é uma grandeza multidimensional.[25]

Desta forma, ao exercer uma função jurídica de proteção contra as arbitrariedades estatais, os direitos fundamentais exigem que toda intervenção do Estado seja devidamente justificada e respaldada no próprio sistema constitucional. A proporcionalidade passa, então, a servir de instrumento para "aferir se e quando uma intervenção no conteúdo garantido pelo direito fundamental pode ser considerada uma restrição justificada" e não mais para averiguar "restrições e limitações recíprocas, decorrentes de choques de princípios, direitos ou valores"[26], criando novos direitos ou alterando o conteúdo dos já existentes.

Assim sendo, a imposição de limites à manifestação religiosa de parlamentares, juízes e até mesmo do presidente da República, no exercício de suas funções públicas, não significa a violação ou a flexibilização do seu direito fundamental à liberdade religiosa em detrimento da laicidade estatal. Pelo contrário, significa uma limitação apenas ao seu âmbito de atuação na condição de agentes estatais, já que a eles é vedado não o exercício de sua religiosidade, por exemplo, nos locais de culto ou dentro de seus gabinetes, mas a transformação de sua atuação pública – que deveria estar direcionada à garantia da democracia e à efetivação dos fundamentos do Estado de Democrático de Direito - em profissão de fé.

A partir do que foi dito até aqui, sob um viés teórico, é possível observar que a Constituição Federal consagra o princípio da laicidade estatal como elemento essencial à garantia de uma sociedade justa, livre, plural e democrática, haja vista assegurar "um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente

24 LAURENTIIS, L. C. de. A Proporcionalidade no Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2017. 302 p. p. 172.
25 Ibidem.
26 Ibidem, p. 174.

pela soberania popular e já não mais por elementos religiosos"[27].

No contexto de um Estado Democrático de Direito, a laicidade estatal é fundamentalmente importante para a proteção do indivíduo contra arbitrariedades, já que garante a supremacia do interesse público ao impor ao Estado o dever de regulação da vida pública de forma desvinculada de todos os valores morais e religiosos que orientam o comportamento, na esfera privada, dos atores políticos que a concretizam.

Entretanto, se por um lado a Constituição Federal garante a imparcialidade do Estado em relação a todos os tipos de religião a fim de assegurar a democracia e os direitos fundamentais dos indivíduos, por outro também protege, de forma ampla, a liberdade religiosa de todos os seus cidadãos, inclusive de seus agentes estatais, que, por vezes, se utilizam desses mesmos fundamentos para justificar a imposição de sua crença, de forma direta ou indireta, no exercício de suas funções públicas.

Não é por outro motivo que a discussão a respeito da interferência da religião no âmbito da Câmara dos Deputados é um tema que gera grande controvérsia, já que explicita as consequências que a pressão de determinadas religiões e a intensa participação de lideranças religiosas podem acarretar a determinados grupos sociais quando exercidas sobre as decisões de parlamentares, que representam não só os seus eleitores, mas toda a coletividade.

Com efeito, é importante evidenciar que a atuação de grupos religiosos na política nacional voltou a ganhar força com o advento das eleições da Assembleia Nacional Constituinte, em 1986, quando se iniciava no país um complexo processo de redemocratização. Nesse período, integrantes de diversas denominações evangélicas ingressaram na disputa eleitoral determinados a defender e a fortalecer "os princípios cristãos e as orientações doutrinárias próprias da religião"[28] sobre os quais deveriam estar assentadas as normas da carta constitucional que estava por emergir.

Destacamos aqui o surgimento de um bloco suprapartidário caracterizado, até os dias atuais, como um dos principais sujeitos das polêmicas envolvendo a presença da religião no espaço público. Composto por parlamentares majoritariamente tradicionalistas, este grupo, denominado oficialmente, em 2003, de Frente Parlamentar Evangélica (mas popularmente conhecido como "bancada evangélica"), embora político e ideologicamente heterogêneo, foi o precursor da integração ao debate político das "demandas moralistas

27 TREVISAN, J. A Frente Parlamentar Evangélica: Força política no estado laico brasileiro. Numen: revista de estudos e pesquisa da religião, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, p. 581-609. dez. 2013. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/numen/article/view/21884. Acesso em: 01 set. 2019.

28 MOURA, P. C. S e. A atuação da religião na política brasileira contemporânea: Uma análise crítica dos projetos de lei da bancada evangélica no Congresso Nacional. 2017. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia. 2017. p. 28. Disponível em: https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20244/3/AtuacaoReligiaoPolitica.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

[...] dos setores populares conservadores não habituados a separar as esferas da política e da moralidade privada".[29]

Temas envolvendo "a união conjugal monogâmica e heterossexual, a proibição do aborto e a defesa da moral sexual, no âmbito político e normativo do Estado"[30] foram colocados em voga no processo constituinte e reputados fundamentais para a garantia de um ordenamento jurídico em consonância com a "moral" e com os "bons costumes".

E, como consequência, o ativismo político da Frente Parlamentar Evangélica e de membros de denominações religiosas predominantemente cristãs não só exerceu forte influência sobre o processo constituinte, restringindo direitos e liberdades fundamentais de grupos minoritariamente sociais, como dificultou a consolidação do princípio da laicidade estatal em sua plenitude no ordenamento jurídico vigente.

Isso porque o fortalecimento da participação de grupos religiosos (em especial os evangélicos e os católicos) no âmbito do Poder Legislativo passou a representar instrumento de deturpação do princípio da laicidade na medida em que utilizado por parlamentares – "justificadamente" amparados pela neutralidade estatal e pela liberdade de crença - para garantir a prevalência da moral religiosa em decisões que deveriam estar pautadas estritamente no interesse público.

Todavia, diferentemente do que ocorre em outros países, a exemplo da constituição mexicana de 1917 (atualmente em vigor), inexiste no ordenamento jurídico nacional norma expressa que impeça o exercício do Poder Legislativo por líderes ou integrantes de denominações religiosas, dentre os quais se encontram aqueles que se utilizam indevidamente de suas prerrogativas públicas (e, muitas vezes, de determinados setores sociais) para exercerem pressão sobre o debate político envolvendo assuntos de cunho moral e imporem restrições "à aprovação de políticas públicas e proposições contrárias às suas crenças"[31].

Por outro lado, ainda que a externalização dessas crenças, através de decisões legislativas, possa refletir o interesse da maioria, na grande parte das vezes, figura como um instrumento de violação dos direitos e garantias fundamentais das minorias sociais. E é a partir dessa experiência de injustiça social, que se inicia, segundo Axel Honneth, a chamada luta por reconhecimento[32].

29 PRANDI, R.; SANTOS, R. W. dos. Quem tem medo da bancada evangélica? Posições sobre moralidade e política no eleitorado brasileiro, no Congresso Nacional e na Frente Parlamentar Evangélica. Tempo Social, revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 187-214. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-20702017000200187&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 18 out. 2019.

30 Ibidem.

31 TREVISAN, J. A Frente Parlamentar Evangélica: Força política no estado laico brasileiro. Numen: revista de estudos e pesquisa da religião, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, p. 581-609. dez. 2013. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/numen/article/view/21884. Acesso em: 01 set. 2019.

32 HONNETH, A. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. 1ª ed. São

De acordo com Honneth, "a formação prática da identidade humana pressupõe a experiência do reconhecimento intersubjetivo"[33], o qual pode ser observado em basicamente três esferas de interação social, quais sejam a do amor, a da solidariedade e a do direito, sendo esta última o objeto central da presente análise.

O reconhecimento na dimensão jurídica "assegura aqueles direitos que permitem que a pessoa seja reconhecida como autônoma e moralmente imputável, possibilitando assim o desenvolvimento dos sentimentos de autorrespeito"[34]. Emerge no indivíduo, então, a consciência do poder de respeitar a si próprio, já que a ele é garantido o mesmo respeito dos demais integrantes do corpo social.

Para Hegel e Mead, "há uma semelhante relação na circunstância de que só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos que observar em face do respectivo outro"[35].

O reconhecimento jurídico propicia, dessarte, um anseio de justiça social, visto que os indivíduos, ao se identificarem reciprocamente como sujeitos de direitos, desenvolvem uma autorrelação positiva assentada no juízo de que a todos, indistintamente, será assegurado o mesmo tratamento jurídico. Essa expectativa normativa de reconhecimento, baseada na ideia de igualdade, permite ao ser humano o vislumbre de si mesmo como um indivíduo autônomo e singular, que, independentemente do papel social exercido, possui a prerrogativa de ser atendido em suas pretensões e necessidades pelo Estado.

Desta forma, quando os direitos e liberdades fundamentais das minorias são preteridos em razão da imposição de valores religiosos por meio de decisões legislativas, lhe são diminuídas as chances de constituir o autorrespeito na medida em que o reconhecimento jurídico a eles é denegado.

Lutas sociais, impulsionadas por movimentos representativos desses grupos minoritários, como os feministas, surgem, assim, como uma resposta aos conflitos "oriundos dessas experiências de desrespeito social" e buscam "restaurar as relações de reconhecimento mútuo ou desenvolvê-las num nível de ordem superior"[36].

Nessa seara, para Honneth, "[...] é possível ver na luta por reconhecimento uma força moral que impulsiona desenvolvimentos sociais, políticos e institucionais"[37]. No âmbito da Câmara dos Deputados, entretanto, a efetivação de uma mudança que resulte

Paulo: Editora 34 Ltda, 2003. 291 p. p. 155.

33 Ibidem.

34 NOBRE, Marcos (org.). Curso livre de Teoria Crítica. Campinas: Papirus, 2008. 476 p. p. 189.

35 Cf. HONNETH, A. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. 1ª ed. São Paulo: Editora 34 Ltda, 2003. 291 p. p. 179.

36 NOBRE, Marcos (org.). Curso livre de Teoria Crítica. Campinas: Papirus, 2008. 476 p. p. 189.

37 HONNETH, A. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. 1ª ed. São Paulo: Editora 34 Ltda, 2003. 291 p. p. 18.

no fim dos subprivilégios jurídicos a que ficam subordinadas as minorias sociais tem se tornado cada vez mais difícil de ser alcançada.

Isso porque questões inerentes à esfera íntima dos indivíduos têm sido, frequentemente, levadas à discussão no espaço público. Ideologia de gênero, união homoafetiva e descriminalização do aborto podem ser citados como alguns dos principais assuntos colocados em pauta por parlamentares vinculados a algum tipo de religião, que, por vezes, utilizam-se de suas prerrogativas legais e do amparo do princípio da liberdade religiosa para imporem restrições a direitos e perpetuarem exclusões sociais. É fato notório que, para esses congressistas, é mais importante "preservar a moralidade privada tradicional", transportando-a para o núcleo dos debates no Congresso Nacional[38], do que efetivar e ampliar, através do reconhecimento jurídico, os direitos e liberdades individuais constitucionalmente garantidos a todos.

Ressaltamos que esse tipo de conduta por parte dos legisladores não só afronta o princípio da laicidade estatal como também destoa do papel primordial assumido pelo Estado frente à sociedade, qual seja o de salvaguardar os direitos fundamentais e, "em especial, de garantir o exercício desses direitos pelas minorias sociais"[39].

Com efeito, em uma democracia constitucional, não se é permitida "a discriminação de uma parte dos cidadãos que a compõem, ainda que essa seja a vontade da maioria da sociedade – ou em última instância, da maioria dos seus representantes políticos [...]"[40]. Assim sendo, em que pese o corpo social seja majoritariamente composto por indivíduos que professem determinado tipo de religião, a vontade de que a ação estatal seja orientada pelos valores dela decorrentes, através de seus representantes eleitos, jamais deve se sobrepor aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito[41], em especial aos da liberdade e da igualdade material.

Nesse sentido, entendemos que os "legisladores e funcionários públicos não estão em seus cargos a título pessoal e devem, mesmo que ainda tenham direito a ter suas próprias convicções, primar pelo interesse público em suas funções e responsabilidades"[42], respeitando e promovendo a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

38 PRANDI, R.; SANTOS, R. W. dos. Quem tem medo da bancada evangélica? Posições sobre moralidade e política no eleitorado brasileiro, no Congresso Nacional e na Frente Parlamentar Evangélica. Tempo Social, revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 187-214. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pi=S0103-20702017000200187&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 18 out. 2019.

39 ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. 226 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 81. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/pt-br.php. Acesso em: 2019-10-02.

40 Ibidem, p. 81.

41 Ibidem p. 87.

42 TREVISAN, J. A Frente Parlamentar Evangélica: Força política no estado laico brasileiro. Numen: revista de estudos e pesquisa da religião, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, p. 581-609. dez. 2013. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/numen/article/view/21884. Acesso em: 01 set. 2019.

Deste modo, para que o reconhecimento jurídico das minorias sociais seja de fato concretizado (tendo em vista já ser assegurado formalmente pela Constituição Federal), a atuação legislativa de parlamentares vinculados a algum tipo de religião deve ter um "propósito legislativo secular"[43], isto é, deve estar fundamentada no interesse público e, consequentemente, desvinculada de valores, crenças e princípios religiosos, que privilegiam apenas determinados seguimentos da sociedade e que tendem a excluir grupos minoritários, cujas características não se enquadram no modelo social moralmente "adequado".

Vale dizer, os membros da Câmara dos Deputados, ao regularem a vida pública através da elaboração e da aprovação da legislação nacional, assumem um papel social determinante para a promoção e para efetivação dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal, haja vista representarem diretamente o povo em seus anseios e necessidades mais básicas. No exercício de suas funções legislativas devem, portanto, garantir que todos os indivíduos sejam reconhecidos juridicamente em suas pretensões e singularidades e que sejam tratados como sujeitos de direito livres e iguais, integrantes de uma sociedade justa, plural e democrática.

3. O ABUSO DO PODER RELIGIOSO NA TOMADA DE DECISÕES DOS PARLAMENTARES DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER

Consoante a análise construída até o presente momento, restou axiomático o fato de que os agentes estatais devem exercer suas funções públicas intentando a efetivação do interesse público de modo a equacionar a concretização da vontade popular da maioria e dos direitos fundamentais das minorias.

Entretanto, não raramente, é possível notar que o debate público atual, em especial no âmbito do Poder Legislativo Federal, vem sendo influenciado, de forma direta e indireta, pela religião adotada pelos congressistas.

Em decorrência disso, o objetivo deste capítulo será investigar como se materializam os valores morais e religiosos dos parlamentares no momento de tomada de decisão e quais as consequências que o abuso do poder religioso no espaço público pode acarretar para a conquista de direitos de determinado grupo social.

Para embasar o presente estudo, realizamos um levantamento no portal da Câmara

43 ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. 226 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 43. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/pt-br.php. Acesso em: 2019-10-02.

dos Deputados das proposições legislativas apresentadas no período de 2007 a 2019, cuja abordagem central estivesse relacionada aos direitos das mulheres, por serem estas um dos grupos minoritários mais atingidos pelo fundamentalismo religioso ao longo da história.

Em razão da imposição da ideologia cristã, o papel social da mulher se resumiu, por séculos, ao casamento e à maternidade, o que resultou na negação de direitos individuais, sociais e políticos básicos (como a igualdade, a liberdade e o voto) e na perpetuação do conservadorismo estrutural, presente nas instituições públicas até os dias de hoje.

Com efeito, ao se utilizar o termo "mulher" como parâmetro de pesquisa, foram obtidas 1.578 proposições legislativas, das quais 31 expressaram violações a direitos fundamentais em virtude da transformação da ação legislativa em profissão de fé

Neste contexto, foi possível constatar, ainda, que o tema mais abordado pelos parlamentares em suas reinvindicações à Câmara foi o aborto - mais especificamente a suposta necessidade de sua restrição -, o que indica um retrocesso na legislação sobre direitos reprodutivos e sexuais[44], na medida em que congressistas desviam o foco do feto como sujeito de direito e o inserem numa discussão religiosa que pode assumir inúmeras configurações distintas.

A primeira delas pode ser notada no Projeto de Decreto Legislativo nº 42, apresentado, em 11/05/2007, pelo deputado federal Henrique Afonso do estado do Acre, filiado ao PT, cujo objetivo seria sustar a aplicação da Norma Técnica expedida pelo Ministério da Saúde que assegura a prevenção e o tratamento dos agravos resultantes da violência contra mulheres e adolescentes vítimas de estupro[45].

O principal fundamento do projeto é o de que referida Norma Técnica, de natureza meramente regulamentadora, estaria extrapolando a legislação em vigor ao permitir a prática de aborto decorrente de estupro em hospitais da rede pública de saúde, mediante "simples boletim de ocorrência policial com a declaração da mãe"[46].

Para o deputado, integrante da Frente Parlamentar Evangélica e declaradamente contrário à legalização do aborto, "é dever do Estado fazer o que estiver ao seu alcance para assistir as mulheres estupradas, sem, porém, jamais atentar contra a vida do nascituro", de modo que "a simples alegação de uma única pessoa que tem interesse na prática do aborto", que "não precisa provar que foi violentada" através da realização de

44 TREVISAN, J. A Frente Parlamentar Evangélica: Força política no estado laico brasileiro. Numen: revista de estudos e pesquisa da religião, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, p. 581-609. dez. 2013. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/numen/article/view/21884. Acesso em: 01 set. 2019.

45 BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo nº 42, de 11 de maio de 2007. Susta a aplicação de Norma Técnica expedida pelo Ministério da Saúde. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351366. Acesso em: 29 set. 2019.

46 Ibidem.

um exame de corpo de delito, é desarrazoada e considerada uma "aberração jurídica", pois estaria "incentivando" a interrupção da gestação[47].

Com efeito, da análise dos argumentos expostos pelo parlamentar, é possível constatar que o objetivo central da proposição legislativa apresentada seria obstaculizar o exercício de um direito já conquistado pela mulher e positivado no ordenamento jurídico vigente.

Note-se que o artigo 128 do Código Penal autoriza o aborto praticado por médico nos casos em que a gestação implica risco à vida da mulher ou resulta de estupro, desde que precedido do consentimento da mãe ou de seu representante legal na hipótese de incapacidade. Entretanto, no tocante a este último caso, em que pese a inexistência de qualquer ressalva por parte do legislador federal em relação às formas de comprovação da violência sexual sofrida pela mulher, para o deputado Afonso, a simples declaração da vítima registrada em boletim de ocorrência e, por vezes, embasada por laudo médico emitido pelo Instituto Médico Legal (IML), não seriam suficientes para autorizar a interrupção da daquela gestação. Sua fala parece desqualificar a dignidade humana da mulher que teve a sua integridade física e psicológica brutalmente violadas, diminuindo a autoestima e, principalmente, a liberdade sobre o próprio corpo.

No decorrer desta pesquisa, observamos que, além do Projeto de Decreto Legislativo nº 42, ora analisado, outras proposições legislativas com o mesmo tipo de fundamentação também foram apresentadas, dentre as quais é cabível citar o Projeto de Lei nº 1763, de autoria da deputada estadual evangélica Jusmari Oliveira, em conjunto com o citado deputado federal Henrique Afonso, em 14/08/2007 (ou seja, apenas 3 meses após a apresentação do PDC nº 42 acima mencionado), que trouxe disposições acerca da assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro[48].

Para os autores do projeto, ao nascituro jamais poderia ser imposta uma "pena de morte" em razão do estupro cometido por seu "pai", tendo em vista se tratar de uma "injustiça monstruosa", mais grave que "o próprio estupro"[49].

E, no intuito de tentar coibir a prática do aborto nos casos legalmente permitidos e, consequentemente, relativizar este direito garantido às mulheres vítimas de abuso sexual, os autores, dentre os seis dispositivos que compõem o projeto, propõem no artigo 2º, inciso III, que, nas hipóteses de comprovação do estupro através de processo judicial, com sentença transitada em julgado, do qual tenha resultado gravidez, o Poder Público estará obrigado a "conceder à mãe que registre o recém-nascido como seu e assuma o

47 Ibidem.

48 BRASIL. Projeto de Lei nº 1763, de 14 de agosto de 2007. Dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=490988&filename=PL+1763/2007. Acesso em: 29 set. 2019.

49 Ibidem.

pátrio poder o benefício mensal de um salário mínimo para reverter em assistência à criança até que complete dezoito anos".

Ressaltamos que o projeto legislativo apresenta a proposta de uma assistência meramente econômica, assegurada caso a vítima do abuso opte por não realizar o aborto. Em nenhum de seus artigos, por outro lado, tem-se garantida, através do Poder Público, qualquer tipo de assistência psicológica para mulheres que sofreram danos físicos e psíquicos decorrentes da violência sexual, diferindo-se, por exemplo, da Lei nº 12.845 de 2013, que impõe aos hospitais o dever de oferecer atendimento emergencial, integral e multidisciplinar às vítimas de estupro, de modo a garantir amparo médico, psicológico e social de forma imediata[50] e, consequentemente, a assegurar que o seu direito de escolha em interromper ou não a gestação seja exercido da forma mais livre e consciente possível.

Pelo contrário, os autores da proposição analisada deixam claro que o projeto foi apresentado justamente com o objetivo de tentar evitar o exercício desse direito pelas mulheres cujas gravidezes resultaram de estupro, haja vista sustentarem que a inexistência de uma penalidade para a prática do aborto – mesmo nestes casos - é "uma vergonha nacional"[51].

Verificamos, assim, que, embora "nem sempre de maneira explícita, crenças religiosas são a base para a noção de 'inviolabilidade da vida'"[52]. Por vezes, "a ideia de escolha da mulher, de autonomia sobre seu corpo, é antagônica à ideia de que a vida é uma criação divina na qual as mulheres não poderiam deliberadamente interferir" [53], ainda que essa "interferência" já esteja assegurada pela lei.

E, embora um dos principais argumentos utilizados pelos parlamentares seja a inviolabilidade do direito à vida do nascituro (cujo termo inicial seria a concepção), a essência da discussão nos debates políticos envolvendo os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres e a questão do aborto não reside no fato de o feto ser reconhecido como sujeito de direitos de acordo com o ordenamento jurídico vigente, mas em que medida este ordenamento jurídico vigente está em consonância com os valores religiosos daquele determinado grupo de legisladores.

Vale dizer, quando os congressistas religiosos afirmam que "o aborto é um

50 BRASIL. Lei nº 12.845, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

51 BRASIL. Projeto de Lei nº 1763, de 14 de agosto de 2007. Dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=490988&filename=PL+1763/2007. Acesso em: 29 set. 2019.

52 TREVISAN, J. A Frente Parlamentar Evangélica: Força política no estado laico brasileiro**. Numen: revista de estudos e pesquisa da religião**, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, p. 581-609. dez. 2013. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/numen/article/view/21884. Acesso em: 01 set. 2019.

53 Ibidem.

homicídio, que a Constituição Federal garante a inviolabilidade da vida ou que a vida começa na concepção, eles procuram consolidar um sentido para a vida e uma base para sua defesa em termos contrapostos àquele direito"[54]. E assim o fazem de acordo não necessariamente com a lei propriamente dita, mas com as suas próprias concepções religiosas, que, com certa frequência, assumem a forma de argumentos estrategicamente revestidos de conceitos técnicos e jurídicos com o intuito de justificar a defesa de determinados posicionamentos.

E essas práticas não se limitam ao debate sobre o aborto. A título de exemplo, citamos a discussão a respeito da ideologia de gênero, a qual foi objeto do Projeto de Decreto Legislativo nº 214/2015, apresentado, em 15/09/2015, pelo autodenominado Pastor Eurico, deputado federal pelo PSB/PE, com o intuito de sustar a Portaria nº 916/2015 do Ministério da Educação que instituiu o Comitê de Gênero, de caráter consultivo[55].

Eurico, pastor da Igreja "Assembleia de Deus" e integrante da Frente Parlamentar Evangélica na Câmara dos Deputados, sustentou inexistir motivação para a inserção do conceito de gênero destinado ao combate contra a discriminação da mulher, quando a sua proteção já está regulamentada de forma específica pela Constituição.

Para o autor do projeto a criação de um Comitê de Gênero por parte do Ministério da Educação busca, em verdade, "tornar no direito um conceito para, no futuro, aplicar na sociedade a ideologia de gênero como a nova conjuntura da sociedade em detrimento da destruição da atual, que hoje [...]", segundo o autor, "graças a Deus, vive sobre o manto da proteção da família"[56].

No texto do projeto legislativo, também é evidenciada a ideia de que o conceito de gênero, adotado pelos movimentos feminista e marxista, é utilizado como instrumento de "justificação científica para as teses desenvolvidas inicialmente por Karl Marx e Friedrich Engels"[57], as quais objetivam implantar a revolução socialista e, consequentemente, destruir a "família", já que aquela jamais se efetivaria com a existência desta, "fruto da opressão do homem sobre a mulher e com a qual se teria iniciado a luta de classes"[58].

Para o pastor Eurico, entretanto, o único modelo de família admissível adveio da religião. Tomando por base a Bíblia Sagrada, explica que "o surgimento da família, se deu por meio de Adão e Eva, e não por uma visão reducionista ontológica, que analisa a

54 Ibidem, p. 37.

55 BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo nº 214, de 15 de setembro de 2015. Susta a Portaria nº 916, de 9 de setembro de 2015, do Ministério da Educação, que "Institui Comitê de Gênero, de caráter consultivo, no âmbito do Ministério da Educação". Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1386240&filename=PDC+214/2015. Acesso em: 29 set. 2019.

56 Ibidem.

57 Ibidem.

58 Ibidem.

família apenas na visão sexual, como bem quis Marx, mas por companheirismo e amor ao próximo"[59]. Em razão disso, acrescenta que, ao ser favorável à ideologia de gênero, estaria violando a "vontade de Deus", assim como os adeptos dessa teoria, os quais, segundo o deputado, "desprezam os conceitos bíblicos para se pautarem em um estudo filosófico que busca a desordem social", fundamentado não na busca pela erradicação da discriminação contra a mulher, mas na destruição da instituição divina que é a família[60].

Da perquirição dos motivos do projeto supramencionado, extraímos, basicamente, que, para o deputado, "a 'ideologia de gênero' não apenas apresenta as diferenças entre homens e mulheres como construções históricas e sociais, mas como um projeto de destruição das 'famílias' entendidas em sua versão tradicional" [61]. Ao defender esta tese, o parlamentar acaba por negar a possibilidade de existência de uma família cujo modelo seja diverso daquele constituído pela união entre homem e mulher e, consequentemente, por incluir no debate político uma questão de cunho meramente privado, que diz respeito essencialmente à liberdade individual de cada cidadão, na qual, em regra, nem Estado e jamais a religião deveriam interferir.

Observe-se, assim, que, mais uma vez, o foco da discussão – neste caso, a proteção da mulher – é desviado e redirecionado para a inquirição daquilo que deve ser caracterizado como sagrado ou profano, de acordo com o imposto pelas normas morais de conduta e pelos "bons costumes".

Miskolci explica que, a partir desses embates em torno dos direitos reprodutivos e sexuais, especialmente quando se fala em ideologia de gênero ou em legalização do aborto, são disseminados "pânicos morais". [62]

Considerados como "um mecanismo de resistência e de controle da transformação societária" através da "mobilização da opinião pública"[63], pânicos morais "emergem a partir do medo social com relação às mudanças, especialmente as percebidas como repentinas e, talvez por isso mesmo, ameaçadoras"[64].

Assim, a partir da análise das proposições legislativas e do perfil dos respectivos atores políticos desenvolvida no presente capítulo, inferimos que a influência da religião

59 Ibidem.

60 Ibidem.

61 LUNA, N. A criminalização da "ideologia de gênero": uma análise do debate sobre diversidade sexual na Câmara dos Deputados em 2015. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 50, e175018, dez. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200311&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 25 fev. 2019. Epub 18-Dez-2017. http://dx.doi.org/10.1590/18094449201700500018.

62 MISKOLCI, R. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 28, p. 101-128, jan./jun. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 out. 2019. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332007000100006.

63 Ibidem.

64 Ibidem.

na tomada de decisão no âmbito do Poder Legislativo federal é, ainda hoje, muito recorrente e pode assumir inúmeras configurações distintas no que concerne à proteção aos direitos fundamentais da mulher, notadamente nas hipóteses em que são colocadas em pauta questões relacionadas a direitos reprodutivos e sexuais. Conforme mencionado anteriormente, argumentos como inviolabilidade do direito à vida ou dignidade da pessoa humana são constantemente utilizados para camuflar, em proposições legislativas, valores morais e concepções religiosas de parlamentares estritamente relacionadas à sua esfera privada, as quais passam a ser caracterizadas, consequentemente, como instrumento de restrição de direitos e garantias individuais das mulheres, inclusive daqueles já assegurados pelo ordenamento jurídico vigente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A laicidade estatal é um princípio assegurado pela Constituição Federal como elemento essencial à garantia e à promoção dos objetivos da República Federativa e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Isso porque, ao estabelecer a máxima de que o Estado deve manter-se neutro em relação à religião, a laicidade impõe observância ao princípio da supremacia do interesse público no exercício de toda e qualquer ação estatal, a qual, desvinculada de elementos morais e religiosos, que, por vezes, determinam o comportamento de particulares em sua esfera privada, passa a assumir o importante papel de instrumento de efetivação da justiça social e de construção de uma sociedade livre, plural e democrática.

É possível afirmar, desta forma, que do princípio da laicidade decorre logicamente o princípio da liberdade religiosa, o qual, por sua vez, garante a todos os cidadãos, de forma ampla, a liberdade de consciência e de crença, mas que deve ser tomado com certa cautela quando inserido no debate político por agentes estatais que o utilizam como justificativa para a imposição a todo corpo social, de forma direta e indireta, de valores religiosos estritamente particulares.

Nessas situações, quando a religião prevalece sobre o interesse público, os direitos e garantias fundamentais de parcela da população que não se enquadra no modelo propagado pelos valores advindos da crença tendem a ser relativizados.

E, nesse contexto, foi possível constatar através da presente análise, que, constantemente, no âmbito do Congresso Nacional, parlamentares membros de denominações religiosas (predominantemente evangélicas e católicas) se utilizam do processo legislativo com o objetivo de impedir o avanço de movimentos sociais de grupos minoritários que lutam pela efetivação de direitos – como é o caso do aborto - considerados atentatórios aos valores impostos pela religião e pelos "bons costumes".

As mulheres, grupo mais atingido por decisões legislativas tomadas com base em convicções puramente morais e religiosas, são constantemente vítimas de violações advindas de debates políticos envolvendo direitos reprodutivos e sexuais e enfrentam periodicamente experiências de injustiça social, das quais se origina uma luta por reconhecimento. Muitas vezes, a sua liberdade, a sua dignidade e a até mesmo a sua integridade física e psicológica são preteridas pela crença de congressistas que se utilizam do cargo público para restringir direitos fundamentais de grupos minoritariamente sociais, não enquadrados naquilo imposto como o "justo" ou como o "correto" no contexto adotado e que colocam em risco prerrogativas constitucionais essenciais à garantia de um Estado Democrático, como a igualdade, a liberdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Todavia, embora haja nestes casos um aparente conflito entre os princípios da laicidade estatal e da liberdade religiosa, entendemos que ele é meramente aparente, conforme já explicitado no presente trabalho. Ao se delimitar estrutural e materialmente os teores de validade das normas contidas nesses princípios em tese concorrentes[65], chega-se à conclusão de que ambos jamais poderiam entrar em uma colisão real, pois os legisladores, na condição de agentes estatais, devem observância e respeito à Constituição Federal e, consequentemente, à supremacia do interesse de público, o que os impede de exercer sua função pública de acordo com suas próprias concepções religiosas e, assim, transformar o Parlamento em um local de culto.

O que se verifica nestas hipóteses é a necessidade de uma limitação do âmbito de interferência do Estado (através da ação de parlamentares que desvirtuam a liberdade religiosa) na esfera privada de outros cidadãos cuja garantia da laicidade (princípio garantido da própria pluralidade de crença) é violada. Entretanto, isso não significa inferir que um direito será posto contra o outro ou que sofrerá limitações ou relativizações em seu conteúdo propriamente dito.

Vale dizer, os direitos fundamentais caracterizam-se, essencialmente, como um instrumento de proteção ao seu titular contra intervenções estatais[66] e jamais devem ser relativizados ou flexibilizados, sob pena de violação aos princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, concluímos que a limitação da intervenção do poder religioso na esfera do Poder Legislativo é expressão do próprio comando normativo contido nos princípios que garantem a laicidade estatal e a liberdade religiosa (além de outros, como o princípio da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana). É a garantia de

65 MÜLLER, F. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Tradução: Peter Naumann. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Síntese, 1999. 104 p.

66 LAURENTIIS, L. C. de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2017. p. 172.

que, por meio da ação estatal, sujeitos pertencentes a determinados grupos sociais não serão preteridos em seus anseios e necessidades mais básicas, em razão da prevalência da moralidade religiosa sobre o interesse público. É a delimitação apenas do âmbito de atuação dos parlamentares na condição de agentes estatais, já que, conforme esclarecido na presente análise, a eles é vedado, por exemplo, não o exercício de sua religiosidade nos locais de culto ou dentro de seus gabinetes mas a transformação de sua atuação pública – que deveria estar direcionada à garantia da democracia e à efetivação dos fundamentos do Estado de Democrático de Direito - em profissão de fé.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Kiel: Malheiros Editores, 2008. 627 p. Disponível em: http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexy-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 05 jul. 2019.

AMORIM, L. B. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar.2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7107, de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.845, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo nº 214, de 15 de setembro de 2015. Susta a Portaria nº 916, de 9 de setembro de 2015, do Ministério da Educação, que "Institui Comitê de Gênero, de caráter consultivo, no âmbito do Ministério da Educação". Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1386240&filename=PDC+214/2015. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo nº 42, de 11 de maio de 2007. Susta a aplicação de Norma Técnica expedida pelo Ministério da Saúde. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351366. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1763, de 14 de agosto de 2007. Dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro. Disponível em: https://www.camara.leg.

br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=490988&filename=PL+1763/2007. Acesso em: 29 set. 2019.

CALETTI, L.; STAFFEN, M. R. O conflito entre princípios na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller. **Revista de Direito Brasileira,** São Paulo, v. 13, n. 6, p. 74-87, jan./abr.2016. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/O_CONFLITO_ENTRE_PRINCIPIOS_NA_TEORIA_ESTRUTURANTE%20(1).pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. 1ª ed. São Paulo: Editora 34 Ltda, 2003. 291 p.

LAURENTIIS, L. C. de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2017. 302 p.

LUNA, N. A criminalização da "ideologia de gênero": uma análise do debate sobre diversidade sexual na Câmara dos Deputados em 2015. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 50, e175018, dez. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200311&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 25 fev. 2019. Epub 18-Dez-2017. http://dx.doi.org/10.1590/18094449201700500018.

MARIANO, R.; BIROLI, F. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 50, e175013, set. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200505&lng=en&nrm=iso. Acesso em 25 set. 2019.

MISKOLCI, R. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 28, p. 101-128, jan./jun. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 out. 2019. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332007000100006.

MOURA, P. C. S e. **A atuação da religião na política brasileira contemporânea:** Uma análise crítica dos projetos de lei da bancada evangélica no Congresso Nacional. 2017. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia. 2017. Disponível em: https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20244/3/AtuacaoReligiaoPolitica.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

MÜLLER, F. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Tradução: Peter Naumann. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Síntese, 1999. 104 p.

NOBRE, Marcos (org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papirus, 2008. 476 p.

PRANDI, R.; SANTOS, R. W. dos. Quem tem medo da bancada evangélica? Posições sobre moralidade e política no eleitorado brasileiro, no Congresso Nacional e na Frente Parlamentar Evangélica. **Tempo Social, revista de sociologia da USP,** São Paulo, v. 29, n. 2, p. 187-214. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-20702017000200187&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 18 out. 2019

SALVADOR Zimbaldi Filho. *In*: SALVADOR Zimbaldi Filho. *[S.I.]:* FGV, 2009. p. 99. Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/salvador-zimbaldi-filho. Acesso em: 29 set. 2019.

SEFERJAN, T. R. **Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988**. 2012. 162 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. DOI 10.11606/D.2.2012.tde-02042013-112226. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-02042013-112226/pt-br.php. Acesso em: 2019-10-02.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TREVISAN, J. A Frente Parlamentar Evangélica: Força política no estado laico brasileiro**. Numen: revista de estudos e pesquisa da religião**, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, p. 581-609. dez. 2013. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/numen/article/view/21884. Acesso em: 01 set. 2019.

ZYLBERSZTAJN, J. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988**. 2012. 226 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/pt-br.php. Acesso em: 2019-10-02.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 21.08.2020
Aceito em: 18.10.2020

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

A DESIGUALDADE E A RETRAÇÃO ÉTICA COMO FATORES DE INTENSIFICAÇÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

Inequality and ethical retraction as factors for intensifying regulatory activity

Marcelo Garcia da Cunha[1]

RESUMO

O Estado contemporâneo canaliza sua atividade regulatória através de múltiplas vertentes, abrangendo praticamente todos os espaços vivenciais em sociedade. Tendo em vista esse complexo normativo que a todos envolve, a abordagem proposta, orientada pelo método dedutivo, objetiva analisar aspectos que impulsionam essa atividade, realizada predominantemente pela via legislativa. A problematização está focada nos fatores que concorrem para a concretização desse fenômeno, com especial atenção a aqueles decorrentes da desigualdade e da carência ética. Nesse sentido, é possível afirmar que um contexto social isonômico e eticamente equilibrado implica menor necessidade da função normatizante por parte do Estado, ao passo que uma situação inversa, permeada de desigualdades e de rupturas éticas, demanda uma intensificação dessa atividade.

Palavras-chave: Estado, atividade regulatória, igualdade, ética.

ABSTRACT

The modern-day State channels its regulatory activity through multiple strands, covering practically all living spaces in society. In view of this normative complex that involves all people, the proposed approach, guided by the deductive method, aims to analyze aspects that drive this activity, carried out predominantly through the legislative route. The problematization is focused on the factors that contribute to the realization of this phenomenon, with special attention to those arising from inequality and ethical deficiencies. In this sense, it is possible to affirm that an isonomic and ethically balanced social context implies less need for the normalizing function from the State, whereas an inverse situation, permeated by inequalities and ethical ruptures, demands an intensification of this activity.

Keywords: *State, regulatory activity, equality, ethics.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Fatores que concorrem para a ampliação da atividade regulatória: uma visão geral; 3 Distorções anti-isonômicas e equalização legal; 4 Rupturas éticas e recomposição legal; 5 Considerações finais; 6 Referências.

SUMMARY: *1 Introduction; 2 Factors that contribute to the expansion of regulatory activity: an overview; 3 Anti-isonomic distortions and legal equalization; 4 Ethical breaches and legal restoration; 5 Final considerations; 6 References.*

1. INTRODUÇÃO

O Estado se utiliza de uma manobra imaginária para exigir, em nome da segurança jurídica, observância a suas leis. Ao cidadão, que se presume ter ciência e compreensão dos

1 Doutor e Mestre em Direito pela PUCRS. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. Advogado no Rio Grande do Sul. E-mail: marcelogdacunha@hotmail.com.

atos legislativos, muito embora a reconhecida barreira semântica com que se apresentam, acessíveis apenas aos versados, não é permitido escusar-se no desconhecimento da lei para justificar seu descumprimento.

Esse ficcionismo, imposto pelo aparelho coercitivo, desconsidera o fato de que é impossível cientificar-se a respeito do teor de todas as leis já existentes e mesmo acompanhar o surgimento da considerável quantidade de diplomas legais que entram em vigência diariamente para regular a complexa vida contemporânea. Nem mesmo o mais qualificado dos juristas teria capacidade de alcançar um conhecimento totalizante da atividade legislativa, que se apresenta, no âmbito do Estado federativo, canalizada através de múltiplas vertentes.

A despeito dessa impossibilidade e da imposição do referido mecanismo presuntivo que recai sobre os indivíduos, percebe-se, paradoxalmente, uma tendência regulatória abrangente de todos os espaços vivenciais.

Além de outras espécies de normas, comumentemente apontadas pela doutrina, como aquelas referentes à etiqueta social e à linguagem (HART, 2011, p. 13), a preceitos religiosos e morais (BOBBIO, 1996, p. 17), as normas jurídicas incidem sobre o indivíduo desde antes de seu nascimento, o seguem ao longo de sua vida e alcançam até mesmo a proteção de sua memória, após cessar sua existência.

Tendo em vista essa teia regulatória que a todos envolve, a abordagem aqui proposta diz respeito aos aspectos que impulsionam a atividade normativa do Estado, que se concretiza predominantemente pela via legislativa.

A problematização é direcionada aos fatores que concorrem para a concretização desse fenômeno, mais especificamente aqueles decorrentes da desigualdade e da carência ética.

A hipótese que orienta o trabalho está pautada na ideia de que um contexto social igualitário e eticamente equilibrado implica menor necessidade da função normatizante por parte do Estado, ao passo que uma situação inversa, em que se constatam desigualdades e retração ética, demanda uma intensificação dessa atividade.

Inicialmente, são elencados fatores que, em linhas gerais, implicam uma maior produção da atividade legislativa. Na sequência, em tópicos específicos, são realçados aspectos que contribuem para a desigualdade, com ênfase naqueles que se consolidam no ambiente social, e pontuadas situações que, no convívio humano, denotam inobservância a preceitos éticos.

Utiliza-se o método dedutivo, mediante análise de vetores fáticos acerca da problematização proposta, dos quais são extraídas as conclusões ao final pontuadas.

2. FATORES QUE CONCORREM PARA A AMPLIAÇÃO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA: UMA VISÃO GERAL

A emergência do Estado Social implicou a necessidade de uma rearticulação da atividade legislativa. A primazia antes conferida à autonomia e à autorregulação entre os indivíduos, mais especificamente na sua capacidade de normatizar suas relações contratuais sem a interferência estatal, perdeu espaço para a necessidade de uma maior ingerência do Estado.

A saturação e derrocada do liberalismo clássico e de sua pauta individualista, que marcou forte presença no decurso do século XIX e assim se manteve nas primeiras décadas do século seguinte, levou à implementação de políticas intervencionistas naqueles campos antes destinados unicamente à livre escolha do cidadão.

As duas vertentes que estruturavam a ascendência jurídica dos interesses do indivíduo sobre os interesses da coletividade, nomeadamente o contrato e a propriedade, sofreram o impacto do chamado dirigismo contratual e da ideia de função social da propriedade, que passaram a delimitar a autonomia individual com o objetivo de redimensionar a posição desigualitária das partes. Segundo Enzo Roppo (2009, p. 51-52), era o apelo à vontade e à sua força criadora de direitos e obrigações que impunha ao Poder Público, no plano ideológico, abster-se de interferir na dinâmica das atividades jurídicas dos particulares e de violar a liberdade negocial.

O que antes se constituía em um poder praticamente absoluto do titular do direito, que possuía poderes de livre uso, fruição e disposição, confiando-se os respectivos limites apenas a sua consciência e com isso dando ensejo a abusos de toda espécie, com a nova ordem que então despontava esse poder passou a ser mitigado, e mesmo anulado, a depender das circunstâncias, pela predominância do interesse social.

A partir do momento em que o Estado passou a ocupar espaços antes deixados ao indivíduo, foi natural o aumento quantitativo da sua produção legislativa, haja vista que as ações de poder estatal, ressalvadas aquelas conduzidas com mão autoritária, estão associadas fundamentalmente ao princípio da legalidade.

Devido aos maiores ônus que lhe são impostos na consecução de seus objetivos, exigindo sua presença normatizante e equalizadora em todas as esferas relevantes da sociabilidade, o Estado Social apresenta uma estrutura legal substancialmente maior do que aquela que tipifica o Estado Liberal. Políticas prestacionais e intervencionistas implicam todo um complexo de normas que sejam balizadoras da sua exigibilidade e execução, algo que se constata em menor escala quando essas atividades, devido ao modelo estatal mínimo, se revelam reduzidas.

Para além de ações prestacionais, a dependerem da correlação de forças no jogo

político, a produção legislativa também encontra uma via ampliada num ambiente democrático.

Na medida em que as necessidades e reinvindicações sociais vertem por múltiplos mecanismos de comunicação, através de uma teia de representatividade conferida a atores políticos, comunitários e associativos, é natural que desse processo, no qual há a predominância do diálogo e da disputa social, resultem normas que venham atender as respectivas demandas. Na concepção de Amartya Sen (2010, p. 358), a democracia está estruturada acima de tudo pela argumentação pública, mais especificamente como um governo por meio do debate. A diversidade de vozes que se fazem ouvir nesse processo democrático, que flui a partir das bases da sociedade e não desde uma autoridade estatal, e a legitimidade do debate que o sustenta incrementam de modo significativo a escala de atividades estatais, em especial aquelas voltadas a traduzir, pela normatização jurídica, os acordos sociais.

A situação revela-se diametralmente inversa em regimes antidemocráticos, nos quais não se apresentam as mesmas condições dialógicas, devido à ausência de meios que venham atender os variados interesses da cidadania. O processo de normatização, nesse contexto, é contemplado a partir de um vértice hierárquico e unificado, à revelia da participação dos sujeitos de representação social. A falta de escuta aos atores que protagonizam um debate ampliado e, consequentemente, a inexistência de compromisso com as demandas sociais implicam uma retração da produção regulatória.

A Constituição Federal de 1988, que desde sua concepção se assenta num formato analítico e exaustivo, foi justamente um marco dicotômico entre essas duas realidades opostas.

Em que pese a abertura democrática tenha iniciado no ano de 1985, no qual, após duas décadas, a eleição do Presidente da República não foi submetida a uma junta militar, como sucedia anteriormente, mas, sim, à votação realizada no âmbito de um colegiado eleitoral, a Constituição Federal veio sacramentar juridicamente uma nova realidade, incluindo no seu texto um extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais, nele contemplando direitos individuais, coletivos, políticos e sociais. Seu valor axiológico nuclear situa-se na dignidade da pessoa humana, que, no dizer de Luís Roberto Barroso (2010), constitui um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Efeito direto disso foi a necessidade de instituição de uma estrutura normativa hierarquicamente inferior voltada à concretização e à implementação do projeto constitucional.

Poder-se-á argumentar que esse efeito alcança toda e qualquer nova Constituição, que exige mecanismos jurídicos aptos a lhe conferir efetividade. No entanto, num cenário democrático, o fenômeno atingirá uma dimensão quantitativa muito maior, pois a normatização constitucional, nessa realidade, revela-se principiologicamente direcionada à

concessão e à realização de direitos, e não à retração e fragilização de direitos.

Não se pode olvidar, ainda, como fator de potencial propulsão à atividade regulatória, um contexto de instabilidade política e social.

Quanto mais firmados e coerentes se mostrarem os propósitos políticos do Estado e quanto mais estáveis as relações que se formarem no seu âmbito, menor será a necessidade de uma constante readequação normativa. A história constitucional recente do Brasil bem reflete essa afirmação. Desde sua promulgação, a Constituição de 1988 já foi emendada mais de uma centena de vezes. As sucessivas modificações denotam um deliberado intento de alinhar as normas constitucionais a políticas momentaneamente vigentes, muitas vezes escoradas em meros subjetivismos de agentes que se encontram, em trânsito, ocupando cargos públicos.

Ressalvadas algumas exceções de espectro qualitativo mais sólido, que envolvem a necessidade de alteração da Constituição para melhor adequá-la às mutações sociais, não se percebe um autêntico propósito voltado a formatar perenemente a normatização constitucional e que tenha aptidão para contemplar os diferentes vieses político-sociais. A capacidade de promover a conciliação dos interesses contrapostos que se fazem presentes no convívio social, e com isso estabilizá-lo, é um dos desafios nucleares que se colocam diante do legislador constitucional.

As constantes emendas à Constituição igualmente exigem, em consequência, a edição de um complexo normativo inferior que instrumentalize sua efetivação.

A complexidade do convívio social, que caracteriza as sociedades contemporâneas, também implica acentuação da quantidade de leis.

As dinâmicas vivenciais da atualidade, dotadas de incertezas, contradições e de elementos heterogêneos (RIVAS, 2014, p. 107), processadas por uma infinita variedade de relações estabelecidas cotidianamente, produz um notável contraste com a realidade de outros tempos. Paolo Grossi (2005, p. 118), ao abordar as mitologias jurídicas da modernidade, realça que as fronteiras das dimensões que caracterizam a civilização dos tempos atuais continuamente se alargam, se modificam e se complicam. Nos marcos da revolução tecnológica, nos quais o conhecimento é difundido em tempo real e as distâncias já não importam (BAUMAN, 1999, p. 19), não se constatam os atributos de espaço geográfico, pessoalidade, simetria e linearidade que pautavam as relações de épocas passadas, mas, sim, se denotam a derrocada das fronteiras, o império da impessoalidade e a presença de assimetrias e volatilidades, decorrentes da rapidez do fluxo social e da multiplicidade dos atores envolvidos.

Agrega-se, ainda, um crescimento demográfico exponencial que desafia o surgimento de novas conexões e intercorrências. Se antes as leis possuíam elasticidade temporal ampliada, acompanhando o tráfego retraído das transformações sociais, na atualidade o fenômeno

assumiu um ritmo absolutamente diverso, em razão da velocidade com que se processam as modificações no convívio humano, impulsionadas por tecnologias informacionais que se modificam constantemente. Os conflitos se renovam e se multiplicam em novas perspectivas e em grau mais acelerado, desafiando a capacidade do Estado de administrá-los (BITTAR, 2008, p. 148). E uma das consequências disso, no campo jurídico, é um aumento da produtividade na atividade regulatória.

A desigualdade também se apresenta como um dos fatores que demandam a atuação normatizante do Estado, de modo a evitar ou mitigar os efeitos dela decorrentes, conforme será tratado no tópico que segue.

3. DISTORÇÕES ANTI-ISONÔMICAS E EQUALIZAÇÃO LEGAL

A correção das distorções vivenciais que assolam a humanidade constitui um dos maiores desafios que se colocam diante da inteligência do homem. Embora se constatem, no curso da história, momentos que revelam um retroceder no enfrentamento desse problema, a depender da ascendência momentânea de ideologias que defendem a primazia de certos grupos ou privilégios de determinados estratos sociais, percebe-se, em contrapartida, um constante esforço destinado a suprimir a desigualdade.

A maior ou menor equalização social entre os cidadãos que integram uma determinada comunidade mantém sintonia com o nível de imposição estatal. Obviamente que a efetivação dessa imposição depende da disposição e da iniciativa dos agentes políticos. Entre as grandezas que envolvem a dinâmica jurídica, uma das mais notáveis é aquela que possibilita a redução ou supressão da desigualdade (GREZ, 2006, p. 228).

Na contemporaneidade, diante da posição nuclear da dignidade humana, despertou-se a consciência coletiva para a erradicação de fatores que implicam maior desigualdade e vulnerabilidade social, como aqueles que envolvem gênero, raça, faixa etária, origem étnica, classe ou condição social, hipossuficiência no consumo, orientação sexual e pessoas portadoras de necessidades especiais, exigindo-se medidas compensatórias que sejam capazes de eliminar ou ao menos mitigar os respectivos efeitos.

Pérez Luño (2011, p. 196), ao chamar a atenção para o fato de que os sistemas jurídico e político devem estar orientados pelo respeito e promoção da pessoa humana, realça que a desigualdade reduz as pessoas à subalternidade e as coloca à margem do pleno desenvolvimento individual e comunitário. Para além do ideal da igualdade de oportunidades, alheia às diferenças de riqueza, em educação, em aptidões naturais, e que implicam maior ou menor capacidade de aproveitamento das oportunidades, Dworkin (2012, p. 267) defende a necessidade de aprimorar a integração social e a participação política das minorias, a fim de assegurar-lhes um papel mais proeminente na sociedade.

A Constituição Federal lança as bases jurídicas para que essas medidas sejam efetivamente implementadas, ao elencar, entre os objetivos fundamentais da República indicados no seu art. 3º, a necessidade de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como o dever político de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais e de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Essa aspiração finalística ressoa no princípio geral da igualdade, inscrito no *caput* do art. 5º da Constituição, que impõe tratamento isonômico a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assim como em normas especificamente programáticas, destinadas à equalização de direitos, como sucede na promoção da defesa do consumidor, na criminalização da prática de racismo, na necessidade de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

No capítulo destinado aos direitos sociais, no seu art. 6º, a Constituição intenciona equilibrar as relações de trabalho, ao conferir garantias mínimas aos trabalhadores urbanos e rurais, abarcando, entre outros direitos, direito a salário mínimo, piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, irredutibilidade do salário, décimo terceiro salário, duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade e proteção em face da automação.

O art. 43 faculta à União Federal articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais, devendo lei complementar dispor sobre as condições para integração de regiões e a composição dos organismos incumbidos de executar os respectivos planejamentos. A implementação de incentivos regionais compreenderá igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público, juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias, isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas e prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda sujeitas a secas periódicas.

A Constituição Federal diz, ainda, tal como ressalta do seu art. 170, que a ordem econômica deve estar orientada pela existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da defesa do consumidor e redução das desigualdades regionais e sociais.

O art. 227 da Constituição também confere especial proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, assegurando-lhes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar

e comunitária, além de colocá-los a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A mesma disposição constitucional também impõe ao Poder Público a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, o que deve ocorrer através de treinamento para o trabalho e a convivência e de facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos.

Na mesma linha protetiva, o art. 230 da Constituição dispõe que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar às pessoas idosas dignidade, bem-estar e direito à vida.

Essas disposições constitucionais denotam um reconhecimento, dentro dos marcos estruturantes do Estado brasileiro, acerca da necessidade de implementação de medidas jurídicas tendentes a erradicar as desigualdades que assolam uma sociedade dotada de múltiplos matizes vivenciais. Nesse sentido, elas determinam e orientam a elaboração de mecanismos normativos destinados a proteger aqueles que se encontram em condições sociais de maior vulnerabilidade, ou, no dizer de Celso de Mello (2012, p. 11), a aqueles assolados por discriminações juridicamente intoleráveis, de maneira a densificar os preceitos da igualdade e emprestar-lhe caráter operativo.

Foi nesse contexto que ocorreu a emergência de um complexo de leis direcionado a efetivar a promessa constitucional, no âmbito do qual têm especial relevo os chamados microssistemas de tutela de posições vulneráveis, como sucede com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a lei que estabelece reserva de cotas nas instituições federais de ensino, entre outros diplomas legais dotados de normas com caráter protetivo.

É possível perceber, frente a esse cenário, que, no âmbito do Estado Democrático, a quantidade de vetores de desigualdade na sociedade mantém relação direta com a quantidade de leis regulatórias da conduta do próprio Estado, das instituições e dos cidadãos. A equalização social exige não apenas políticas apropriadas para combater os efeitos da desigualdade, mas também um conjunto normativo, vertido a partir da Constituição, que seja dotado de eficácia suficiente para a implementação dessas políticas.

A própria Constituição, ademais, consolida valores éticos que igualmente devem ser concretizados através do sistema jurídico.

4. RUPTURAS ÉTICAS E RECOMPOSIÇÃO LEGAL

A higidez do convívio social implica necessariamente a existência de valores que atuam como fios condutores do comportamento dos indivíduos. Se por um lado, revestida

do atributo da coercibilidade e agindo externamente através de padrões tipológicos, a lei impõe condutas consideradas, ao menos em tese, socialmente adequadas, a consciência do sujeito, por outro lado, estabelece, internamente, as balizas morais dessas condutas.

A noção de coletividade e de solidariedade, o senso de pertencimento social, a consciência ambiental, a empatia, o juízo de equidade, o respeito à alteridade e à diversidade ilustram valores éticos que modulam afirmativamente o agir humano. A falta desses valores, e de outros de mesma natureza que igualmente alimentam a benevolência dos indivíduos, como está a demonstrar a experiência humana, ocasiona inevitáveis tensionamentos nas relações sociais, visto que essa lacuna, ao dar margem a distorções de caráter, potencializa o surgimento de conflitos.

Se todo e qualquer sujeito fosse infalivelmente dotado de virtudes suficientes para bem conduzir seus atos no convívio social, não haveria necessidade de leis para regular suas condutas, pois todas, sem exceção, desde o momento de sua concretização, já estariam eticamente certificadas. A realidade, contudo, está distante dessa idealização. Na advertência de Orlando Bloom (2014, p. 212), escorada em exemplos cotidianos que denotam a fragilidade moral dos homens, "não devemos ficar muitos convencidos acerca dos nossos poderes morais". No trato social, conforme apontava Rousseau (2000, p. 39), na formulação de sua teoria contratualista, os indivíduos nem sempre renunciam a seus impulsos e não raras vezes deixam de lado a razão. O fato é que a convivência em sociedade, no âmbito da qual convivem irremediáveis contradições, pois ela expressa não apenas as virtudes, mas também as fraquezas do espírito humano, somente se faz possível mediante impositiva regulação das ações de seus integrantes.

A equação binária que está pressuposta a esse problema (envolvendo a relação entre bem e mal, justo e injusto, certo e errado), por motivos diversos, pode não se revelar devidamente equilibrada.

Um cenário em que os preceitos éticos se mostram em risco de anulação ou relativização implicará uma maior necessidade de ingerência legislativa, como forma de evitar ou compensar as possíveis rupturas dele decorrentes. Um breve lançar de olhos em contextos históricos permitirá a confirmação dessa afirmativa.

Antes do surgimento das normas reguladoras das relações de trabalho, não havia limites ao poder exploratório por parte daqueles que eram proprietários dos meios de produção, que submetiam seus empregados, inclusive crianças, a condições de trabalho extenuantes e ao recebimento de remuneração indigna. Michel Foucault (2003, p. 116) retrata esse poder à maneira de um panoptismo, como um fenômeno pelo qual, utilizando-se de mecanismos de vigilância, controle e disciplina, ocorre uma espécie de captura do tempo de existência e dos corpos dos homens em prol do aparelho de produção. Somente com o advento das referidas normas é que essa situação de extrema injustiça foi sendo

gradativamente superada, embora não na sua integralidade, visto que esse processo de equivalência entre direitos e deveres continua, ainda, em desenvolvimento.

Em momento mais recente, as chamadas ações afirmativas, traduzidas por um complexo normativo destinado a implementar políticas de igualdade, vêm atenuando as dificuldades enfrentadas por pessoas em condições de vulnerabilidade, situação que, na atualidade, se mostra bem diversa daquela que historicamente se apresentava. Essa vulnerabilidade, resultante da negativa da dignidade alheia, encontrava terreno fértil para se consolidar num ambiente social que, destituído de suporte ético consistente, hostilizava os mais fracos.

Na contemporaneidade, o espaço virtual que se criou com as tecnologias informacionais e com a conexão em rede, do qual emergiu uma nova dimensão da vida social, igualmente deu margem a desvios éticos de toda ordem nas relações estabelecidas nesse meio e, em contrapartida, se fez necessária a criação de um estatuto de regras direcionadas a regular essas novas relações, combatendo atos como os chamados crimes cibernéticos, abusos nas relações de consumo e atos envolvendo invasão de privacidade.

Há, convém admitir, certa ambição e uma dosagem pragmática na ideia de recomposição legal de rupturas éticas, pois desconsidera os casos de desvios e de abusos cometidos através de atos legislativos, nos quais se denota que a intenção é direcionada muito mais à satisfação de interesses de menor envergadura moral do que contemplar interesses dotados de efetiva legitimidade. A concepção de justiça do legislador, como demonstra a experiência, nem sempre está amparada em propósitos comunitários.

A questão envolvendo a existência de lei violadora de direitos não passou despercebida a Dworkin (2010, p. 313), ao reconhecer que, em certos casos, a Constituição, como matriz estruturante de todo o sistema jurídico, protegerá o cidadão que nega observância à lei injusta. Aliás, na doutrina nacional, Juarez Freitas (1989) foi pioneiro ao defender que a lei injusta é substancialmente inconstitucional, haja vista que não se sustenta diante da máxima hierarquização da Constituição, que objetiva, em última instância, a consecução da justiça.

De qualquer modo, quando os valores morais se apresentam firmes e sólidos aos indivíduos, deixando o estado de mera aspiração e adentrando no campo da experiência concreta, melhor se revela a capacidade de autorregulação e de autodeterminação social. Essa capacidade implica, em contrapartida, um rompimento do monopólio do fenômeno jurídico protagonizado pelo legislador, caracterizando o que se denomina de "deslegislação" (GROSSI, 2005, p. 123), traduzida por uma retração da ideia iluminística, pautada nos princípios da certeza e segurança, de a tudo se regrar por lei.

É possível afirmar, à vista do exposto, que quanto menor a densidade ética no ambiente social, maior será a necessidade da técnica legislativa para regular as relações que nele se consolidam. A lei pressupõe inegavelmente padrões éticos e, nessa condição, tem,

entre seus objetivos, o preenchimento, ainda que em abstrato, dos espaços onde a recepção dos valores morais se mostra deficitária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contemporaneidade desafia o Estado a promover uma ampla atividade regulatória, pautada fundamentalmente na confecção de leis direcionadas a incidir nos múltiplos espaços vivenciais.

Entre os vetores que impulsionam essa atividade, destacam-se as políticas prestacionais e intervencionistas que caracterizam o Estado Social, a diversidade de atores que atuam no processo democrático, os contextos que denotam instabilidade política e social, a complexidade que caracteriza o convívio humano e o acelerado crescimento demográfico e suas infindáveis conexões e intercorrências.

Além disso, as distorções anti-isonômicas e as rupturas éticas que assolam a vida em sociedade também pressionam iniciativas reguladoras vocacionadas a evitar ou mitigar os respectivos efeitos.

No que se refere à desigualdade, é possível afirmar que a quantidade de vetores desequilibrantes das relações sociais mantém relação direta com a necessidade de leis disciplinadoras da conduta do próprio Estado, das instituições e dos cidadãos. A equalização social exige não apenas políticas apropriadas para combater os efeitos da desigualdade, mas também um conjunto normativo, originário da Constituição, que seja dotado de eficácia suficiente para a implementação dessas políticas.

A anulação ou relativização de valores éticos, por outro lado, tensiona e instabiliza as relações sociais, potencializando o surgimento de conflitos. Nesse contexto, coercibilidade da lei serve como fator de neutralização de transgressões éticas.

Consolidando a abordagem dos dois aspectos problematizados, é possível afirmar que, quanto mais desigualitária se revelar a sociedade, mais intensa será a necessidade de leis regulatórias dotadas de poder de equalização, ao passo que, quanto menor a densidade ética no ambiente social, maior será a demanda pela técnica legislativa, para regular e determinar as relações que nele se consolidam.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público, mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em: 03 set. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequência, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BLOOM, Orlando. **O que nos faz bons ou maus**. Rio de Janeiro: BestSeller, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Madrid: Debate, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questión de principios**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. 5. reimpr. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FREITAS, Juarez Freitas. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.

GREZ, Pablo Rodríguez. **Sobre el origem, funcionamiento y contenido valórico del derecho**. Santiago: Universidad del Desarrollo, 2006.

GROSSI, PAOLO. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 21. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio. **Los derechos fundamentales**. Décima edición. Madrid: Tecnos, 2011.

RIVAS, Milagros Santamaría. **Reflexión de la psicología desde o pensamiento complejo y el post racionalismo**. Sophia: Colección de Filosofía de la Educación, n. 16, v. 1, p. 99-120, 2014.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Edipro, 2000.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 04.10.2020
Aceito em: 18.10.2020

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

ESPECIFICIDADES DO MODELO DE DESCENTRALIZAÇÃO MOÇAMBICANO: GÉNESE, EVOLUÇÃO E DESAFIOS

Mozambican Decentralization Model Specificities: genesis, evolution and challenges

Edson da Graça Francisco Macuácua[1]

Resumo: O presente trabalho aborda as especificidades do modelo de Descentralização em Moçambique, apresentando a génese histórica do processo da Descentralização, a sua evolução, analisando as entidades descentralizadas criadas, reflectindo sobre os desafios emergentes.

Palavras-chave
Descentralização, autonomia, desconcentração, administração pública, governação.

Abstract: *This paper addresses the paradigm of decentralization in Mozambique, showing the historical genesis of the process of decentralization, its evolution, analysing the created decentralized entities, reflecting on the emerging challenges.*

Keywords
Decentralization, autonomy, deconcentration, public administration, governance.

SUMÁRIO: 1. Génese histórica da descentralização em Moçambique; 2. Evolução histórica da descentralização em Mocambique; 3. Modelo da descentralização do Estado Moçambicano; 4. Aspectos centrais sobre a descentralização; 5. Natureza jurídica dos Órgãos de Governação Descentralizada. 6. Semelhanças entre os Órgãos de Governação Descentralizada e as Autarquias locais; 7. Diferença entre o Secretário de Estado na Província e o Governador de Província; 8. Autarquia local; 9 Desafios que se colocam em relação ao modelo adoptado; 10. Bibliografia.

SUMMARY*: 1. Historical genesis of decentralization in Mozambique; 2. Historical evolution of decentralization in Mozambique; 3. Model of the Mozambican state decentralization; 4. Central aspects of decentralization; 5. Legal nature of the Decentralized Governance Bodies. 6. Similarities between Decentralized Governance Bodies and local authorities; 7. Difference between the secretary of state in the province and the governor of the province; 8. Local authority; 9. Challenges facing the adopted model; 10. References.*

1. GÉNESE HISTÓRICA DA DESCENTRALIZAÇÃO EM MOÇAMBIQUE

O II congresso da FRELIMO e a descentralização

A génese da descentralização em Moçambique, encontra-se no modelo de administração da administração das zonas libertadas, antes da proclamação da Independência Nacional.

1 Doutorando em Direito; Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano; Mestre em Direito; Mestre em Administração Pública; Mestre em Direito dos Petróleos e do Gás; Consultor e Docente Universitário.

Com o surgimento das zonas libertadas, cria-se o embrião da administração pública moçambicano e do Estado- Administração moçambicano.

É justamente no modelo de administração das zonas libertadas que se encontram os fundamentos históricos da descentralização em Moçambique, que em termos formais forma aprovados pelo II congresso da FRELIMO, realizado em Julho de 1968 em Matchedje na província do Niassa.

O modelo de administração adoptado baseia-se no princípio da descentralização administrativa materializado nas seguintes diretrizes:

- Criação de unidades administrativas territoriais com os seguintes níveis: provincial (correspondente à província), distrital (correspondente ao distrito) e local (a bairro do distrito);
- Criação de órgãos administrativos para o nível provincial, distrital e local, designadamente, as comissões;
- Criação em cada órgão provincial de aparelho administrativo, compreendendo a existência de secções;
- O orçamento provincial, dependia essencialmente da produção da província, o que evidencia uma filosofia de uma descentralização financeira e uma autonomia financeira.
- Criação de um sistema de tutela ou de fiscalização da legalidade administrativa através das comissões jurídicas de fiscalização de execução das leis e um mecanismo de controlo dos órgãos provinciais e de realização de visitas regulares;
- Criação de órgãos colegiais para superentender em tarefas gerais, as comissões populares de gestão;
- Eleição dos membros das comissões populares de gestão pelo povo;

Veja-se na integra a Resolução do II Congresso da FRELIMO sobre a Administração das zonas libertadas[2]*:*

1- "A administração das zonas libertadas tem por fim estabelecer o poder do povo. Só por meio de administração adequada será possível consolidar a defesa das zonas libertadas, promover o seu desenvolvimento e o progresso económico-social do povo e, assim, lançar as bases dum crescimento vitorioso da luta armada revolucionária pela libertação nacional.

A direcção da administração das zonas libertadas será empreendida por comissão a todos níveis orgânicos da FRELIMO: provinciais, distritais, locais, etc., conforme consta dos regulamentos gerais.

Serão criadas as comissões populares de gestão, eleitas pelo povo, sempre que for possível, para superintender em tarefas gerais.

2 In, Eduardo Mondlane, Lutar por Moçambique, Pág. 236 e 237

As comissões provinciais, distrital e local cada uma a seu nível, orientarão a criação destas comissões populares de gestão, e prestar-lhes-ão, quanto for necessário e tanto quanto possível a necessária assistência técnica.

O II Congresso afirma que só quando as estruturas provinciais funcionarem convenientemente será possível administrar correctamente as zonas libertadas. Por essa razão, o segundo Congresso declara que:

- *Serão dadas instruções claras aos vários órgãos provinciais, de modo que possam desempenhar completamente as suas funções;*
- *Organizar-se-á um sistema adequado de controlo para os órgãos provinciais;*
- *Os dirigentes da FRELIMO farão frequentes visitas às províncias;*
- *Os vários lugares de cada um dos órgãos provinciais serão devidamente preenchidos;*
- *Serão criadas secções necessárias, que funcionarão subordinadas à administração provincial|;*
- *Será acelerada a formação de quadros técnicos necessários para as províncias.*

Mais decreta o II Congresso que:

- **Os orçamentos provinciais dependerão essencialmente da produção da província;**
- *Serão feitos esforços necessários para que os moçambicanos refugiados no exterior possam regressar à Moçambique;*
- *Serão criadas comissões jurídicas que fiscalizarão a execução das leis."*

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DESCENTRALIZAÇÃO EM MOÇAMBIQUE

O processo de mudanças inicia já com as práticas participativas das zonas libertadas, e estende-se a todo o país, através dos grupos dinamizadores, a criação das assembleias do povo em 1972, a escolha por estas dos seus conselhos executivos ao nível de localidade e de distrito (embora conciliadas com a nomeação de administradores e a estruturação das cidades e bairros comunais em 1979).

Em 1975, com a proclamação da independência nacional, à luz da Constituição de 1975, foi criado um Estado monopartidário, centralizado, com um modelo de uma democracia popular, com um partido que foi constitucionalmente definido como a força que dirige o Estado e a Sociedade (artigo 3 da Constituição de 1975), adoptando os princípios de "centralismo democrático".

A centralização do poder era tida como fundamental na construção de um Estado unitário e da unidade nacional.

Apesar de ser um Estado centralizado a Constituição de 1975 prevê a existência em cada escalão administrativo de Assembleias do Povo, tendo sido criadas Assembleias

Provinciais, Distritais e de Localidade. As Assembleias do Povo eram os órgãos mais altos órgãos do Estado em cada nível.

Em 1975, a 8ª Reunião do Comité Central da FRELIMO, aprovou uma revisão constitucional na qual determinou que a Assembleia Provincial é o mais alto órgão do estado ao nível da Província e o Governo Provincial presidido pelo Governador é o órgão superior executivo do Estado ao nível provincial.

A Constituição de 1990, previa no seu artigo 115 que: podem ser criados, a nível provincial órgãos de representação democrática e remeteu para a legislação ordinária a competência para regular a sua organização, composição bem como o seu funcionamento e a definição das suas competências.

Estes órgãos, de forma deliberada não foram designados de representativos, por não serem Assembleias eleitas com as suas competências decisórias. O espírito do debate constitucional configura-os como órgãos de auscultação e consulta. As hipóteses a considerar podem assumir modalidades tais como:[3]

- *Órgãos constituídos por representantes de assembleias de escalão inferior em proporções a determinar*
- *Órgãos constituídos por representantes acima referidos e por representantes de associações democraticamente eleitos representando grupos profissionais, sociais, culturais, económicos, associações de residentes. A participação destes representantes far-se-á numa base voluntária. Pode-se conceber a existência de um órgão sempre com a mesma composição, ou então pode-se conceber que dentro do mesmo órgão se pode variar a composição consoante os assuntos a tratar. Assim por exemplo, um Conselho Provincial (ou outro nome) poderia ter uma determinada composição quando se trate de discutir os assuntos económicos e outra quando se tratar de discutir os assuntos sociais. Isso permitiria que as assembleias de escalão inferior especializassem deputados capazes de levar junto do Governo Provincial, preocupações e propostas específicas, nas áreas mais importantes da acção do Governo Provincial.*

Ao nivel distrital

Órgãos locais eleitos

Parece à partida claro que ao nível distrital deverão existir órgãos locais. Nos termos da Constituição, os órgãos locais são compostos por um órgão representativo, a assembleia distrital, e um executivo que se propõe seja por esta escolhido.

A primeira questão que se coloca é de a de estabelecer a designação dos órgãos. Pode-se escolher um nome idêntico para todos os órgãos, ou podem ser escolhidos nomes diversos para cada nível territorial.

3 Jorge Óscar Monteiro, Aspectos Institucionais e Financeiros da Reforma dos Órgãos Locais do estado em Moçambique, 1990, pag. 2

A segunda questão é a da composição do executivo distrital: a lei 7/78 estabelecia uma composição de três a cinco membros por Conselho Executivo além do seu dirigente. Estes membros eram concebidos não como os chefes ou directores de serviços, mas como pessoas de confiança da Assembleia respectiva. Parece óbvio que este último princípio deve manter-se e ser aplicado. Resta a decidir a questão do número e das competências respectivas. Concretamente trata-se de dizer se o órgão executivo é composto por tantos membros que se encarregam: um das questões tais, outro das questões tais. Exemplo: um responsável pelas questões económicas, outro pelas questões sociais, segundo as prioridades e afinidades.

Na tomada desta decisão, confrontam-se duas necessidades:

- *A de uniformidade que permite implantar de maneira uniforme uma mesma estrutura, e que permite uma fácil rotação dos funcionários por cada transferência não implicar a necessidade de reinserir o funcionário em novo universo organizativo. Tem também como vantagem facilitar a relação vertical pois o escalão provincial sabe em regra como lidar com a estrutura distrital, por o modelo organizativo ser idêntico em todos os distritos.*
- *A da especificidade que tem a vantagem de adequar melhor a estrutura a determinados fins. Esta solução, porém, por estar dependente da decisão de uma assembleia cuja composição varia ao longo do processo eleitoral comporta a possibilidade de mudanças sucessivas após cada eleição.*

Aqui podem seguir-se alguns caminhos:

- *Ou se estabelece um modelo genérico com alguns parâmetros, (por exemplo dizendo que a x população corresponde tal estrutura, à população x+y corresponde uma estrutura um pouco mais complexa,*
- *Ou se estipula que cada órgão aprova a sua divisão de competências segundo as suas especificidades,*
- *Ou se estabelecem alguns critérios de base e se deixa à aprovação de um órgão de tutela a aprovação de variantes*

O artigo 186 da Constituição da República de 1990 previa que *"1. Os órgãos locais do Estado constituem em órgãos representativos e órgãos executivos. […] 2. Os órgãos representativos são constituídos por cidadãos eleitos pelos eleitores de uma determinada área territorial. […] 3. Os órgãos executivos são designados nos termos da lei". Por sua vez o artigo 187 da Constituição de 1990 preceituava que "Os órgãos representativos tomam decisões obrigatórias na área das suas competências, criam comissões necessárias à realização das suas atribuições e responsabilizam individualmente os seus membros pela execução de tarefas específicas".*

Na perspectiva de regulamentação do modelo de descentralização consagrado na Constituição de 1990, foi aprovada a Lei n.º 3/94, de 13 de Setembro, que cria os Distritos Municipais e prevê pela primeira vez a possibilidade de eleição de Administradores de Distritos.

O artigo 1 da Lei nº 3/94, de 13 de Setembro preceituava que "*1. O Estado moçambicano reconhece como princípio básico da organização administrativa democrática a instituição de distritos municipais. […] 2. Os distritos municipais são pessoas colectivas públicas de população e território, dotados de órgãos representativos e executivos, que visam, de modo autónomo, prosseguir interesses próprios das correspondentes comunidades. […] 3. O território do distrito municipal coincide com a área da circunscrição com categoria de distrito. […] 4. Os distritos municipais exercem as suas atribuições nos termos da Constituição da República e da lei e no respeito pelo princípio da unidade do Estado*".

O artigo 3 da Lei nº 3/94, de 13 de Setembro preconizava que *"1. É atribuição dos distritos municipais tudo o que diga respeito aos interesses específicos, exclusivos ou não, das respectivas populações, nomeadamente: […] a) à administração de bens próprios e a seu cargo; […] b) à promoção do desenvolvimento; […] c) ao saneamento básico e salubridade; […] d) à promoção do meio ambiente; […] e) à gestão de terras; […] f) ao abastecimento público, incluindo matadouros, feiras, mercados e defesa do consumidor; […] g) aos transportes públicos; […] h) à ordenação, gestão, execução e disciplina urbanística; […] i) à habitação; […] j) aos parques, jardins e mobiliário urbano, bem como às reservas, floresta e fauna bravia; […] k) à abertura, pavimentação e conservação das vias públicas urbanas, estradas, picadas e vias rurais; […] l) à ordenação do tráfego de veículos e pessoas nas vias urbanas e viação; […] m) à educação, ensino e formação profissional; […] n) à cultura; […] o) à protecção do património físico e cultural; […] p) aos tempos livres e desporto; […] q) ao planeamento físico e toponímia; […] r) à saúde; […] s) aos cemitérios e serviços funerários; […] t) à protecção civil, prevenção e combate às calamidades e extinção de incêndios; […] u) ao abastecimento de água e fornecimento de energia; […] w) ao registo civil; […] v) à assistência social, nomeadamente a idosos e crianças necessitadas. […] 2. A prossecução das atribuições dos distritos municipais é feita de acordo com os recursos financeiros ao seu alcance e respeita a distribuição de competências entre os órgãos municipais e os de outras pessoas colectivas de direito público, nomeadamente o Estado, determinadas pela presente lei e por legislação complementar."*

O artigo 6 da Lei nº 3/94, de 13 de Setembro preceituava que *"1. Para o exercício das atribuições dos distritos municipais, os órgãos destes dispõem, nos limites fixados pela lei, nomeadamente de: […] a) poder regulamentar; […] b) poder de auto-organização; […] c) poder de planificação; […] d) poder tributário e financeiro; […] e) poder de participação nas decisões do Estado que lhes disserem directamente respeito; […] f) poder de adquirir, administrara, onerar e alienar património próprio; […] g) poder de praticar actos definitivos e executórios, assistidos pelo privilégio de execução prévia; […] h) poder de execução forçada; […] i) poder de contratar livremente com entidades públicas e privadas; […] j) poder de litigar judicialmente. […] 2. No exercício das suas competências, os órgãos do distrito municipal: […] a) observam os princípios ecológicos de zoneamento e os critérios da melhor utilização na planificação do uso da terra; […] b) introduzem e implementam processos de avaliação do impacto ambiental das intervenções e actividades no território do distrito municipal"*.

A Lei n.º 3/94, de 13 de Setembro, não chegou a ser implementada e foi revogada. Apesar de que a Constituição de 1990 previa no artigo 186 de órgãos locais do Estado de duas naturezas, por um lado os representativos que seriam os eleitos e, os executivos que seriam nomeados, não ficou claro qual seria o modelo de descentralização adoptado, bem como a natureza jurídica dos órgãos eleitos e os nomeados, pois ambos eram considerados órgãos locais do Estado, o que gerava duvidas ao nível da esfera pública, que se reflectira na falta de consenso politico e jurídico relativamente a Lei n.º 3/94, de 13 de Setembro que autarcizava todo o pais, com a criação de Distritos Municipais.

A Constituição de 2004, define no seu artigo 250 que a Administração Pública estrutura-se com base no princípio de descentralização e desconcentração promovendo a modernização e a eficiência dos serviços sem prejuízo da unidade de acção dos poderes de direcção do Governo.

A constituição de 2004, cria as Assembleia provinciais e foram definidas no artigo 142 como órgãos de representação democrática. De acordo com o nº 1 do artigo 142 as Assembleias provinciais são eleitas por sufrágio universal, directo e igual, secreto e periódico de representação proporcional cujo mandato tinha a duração de cinco anos.

As assembleias provinciais tinham fundamentalmente duas competências (no 2 do artigo 142 da CRM) fiscalizar e controlar a observância dos princípios e normas estabelecidas na constituição e nas leis, bem como das decisões do conselho de ministros referentes à respectiva província e aprovar o programa do Governo Provincial, fiscalizar e controlar o seu cumprimento.

As Assembleias provinciais não estavam sujeitas à tutela administrativa do Estado.

Apesar de que a Constituição da República, a Assembleia Provincial como órgão de representação democrática, havia duvidas a sua natureza jurídica, se eram órgãos locais do Estado ou órgãos do poder local, não só porque não estava expressamente definido na Constituição como tambem porque na sistemática da Constituição não estavam integrados no capítulo dos órgãos locais do Estado e nem do poder local.

O sistema de governação provincial encerrava assim uma desarmonia, pois as assembleias provinciais eram eleitas e fiscalizavam governos provinciais nomeados centralmente

As assembleias provinciais não dispunham de um poder regulamentar e nem de autonomia administrativa, patrimonial e financeira.

No ano de 2012 na esteira da regulamentação da Constituição, foi aprovada a lei 7/2012 de 8 de Fevereiro que estabeleceu bases gerais da organização e funcionamento da administração pública, a qual definiu na alínea a) do artigo 4 que a organização da Administração Pública obedece entre outros, o princípio de desconcentração e descentralização.

O nº 1 do artigo 67 da lei 7/2012 de 8 de Fevereiro definiu que a descentralização compreende as seguintes espécies:

a) Autarquias locais;

b) Administração indirecta do Estado;

c) Instituições Públicas do Ensino Superior;

d) Associações Públicas.

O nº 2 do mesmo dispositivo estabelece que a administração indirecta do Estado compreende o Banco de Moçambique, os Institutos Públicos, as Fundações Públicas, os Fundos Públicos e o sector empresarial do Estado.

Através da resolução nº 40/2012 de 20 de Dezembro, o Conselho de Ministros aprovou a política e estratégia de descentralização a qual definiu:

- *Em Moçambique, a descentralização é feita através das autarquias locais órgãos locais do Estado e instituições de participação e consulta comunitária.*
- *Visão:*
- *o Estado moçambicano pugna por uma governação participativa em que as comunidades e outros actores locais contam com o poder da iniciativa e capacidades para o combate à pobreza, promovendo o desenvolvimento económico, social e cultural.*
- *Objectivo geral da política de descentralização:*
- *a pratica da descentralização visa explicitar e integrar de forma, mais sistematizada, em varias acções no domínio da descentralização no país. Neste sentido o PED visa orientar as intervenções do Governo e de mais actores para organização da participação dos cidadãos na solução dos problemas próprios da sua comunidade, promover o desenvolvimento local e melhorar a prestação de serviços ao cidadão no quadro da consolidação da unidade nacional.*
- *Objectivos específicos da política de descentralização:*
- *Promover a participação dos cidadãos, comunidades e outros actores na governação local;*
- *Melhorar o desenvolvimento da administração local do Estado e da administração autárquica, através de mecanismos que conduzem a eficácia e eficiência na prestação de serviços.*
- *Promover a convergência e interação entre diversas formas de descentralização, desconcentração democrática empoderamento das comunidades visando a promoção do desenvolvimento local e bem das populações,*
- *Promover a capacidade contínua dos intervenientes no processo de descentralização nomeadamente órgãos e instituições centrais e locais do Estado, autarquias locais, comunidades e cidadãos.*

- *Fundamento Constitucional da descentralização*[4]

4 Ponto 2.4 da resolução nº40/2012 de 20 de Dezembro, que aprova a política e estratégia de descentralização

- *Da essência do Estado de Direito democrático da República de Moçambique (art. 1 e 3 da CRM)*
- *Da existência da existência da autonomia das autarquias locais que se impõe a organização do Estado unitário (art. 8 da CRM)*
- *Da reserva de atribuições de soberania para os órgãos centrais do Estado (art. 139 da CRM)*
- *Da representação territorial dos órgãos centrais do Estado (art. 145 da CRM, e em especial a representação da administração do Estado nas autarquias locais (art. 263, nº 4 da CRM)*
- *Da descentralização e desconcentração como bases de estruturação da administração pública em geral e da organização e funcionamento dos órgãos locais do Estado, sem prejuízo da unidade de acção e dos poderes de direcção do Governo (art. 250 nº 1 e 263, nº 1 da CRM)*
- *Do imperativo de os órgãos locais do Estado actuarem respeitando as atribuições, competências e autonomia das autarquias locais (art. 263, nº 3 da CRM)*
- *Da valorização do conhecimento endógeno – o conhecimento gerado a nível local deve ser sistematizado, disseminado, compartilhado e usado no aprofundamento do processo de descentralização*
- *Da capacitação - os intervenientes no processo de descentralização devem ser capacitados para uma cultura de trabalho, de iniciativas de desenvolvimento.*

3. MODELO DA DESCENTRALIZAÇÃO DO ESTADO MOÇAMBICANO

De acordo com o definido no artigo 8 da CRM **(1).** *A República de Moçambique é um Estado unitário.* **(2)** *O Estado orienta-se pelos princípios da descentralização e de subsidiariedade.* **(3)** *O Estado respeita na sua organização e funcionamento, a autonomia dos órgãos de governação provincial, distrital e das autarquias locais.*

A descentralização compreende*: (a) os órgãos de governação descentralizada provincial e distrital; (b) as autarquias locais.* O Estado mantém nas entidades descentralizadas as suas representações para o exercício de funções exclusivas e de soberania, nos termos definidos por lei. (Artigo 268 da CRM)

Os órgãos de governação descentralizada e das autarquias locais gozam de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos termos da lei. (Artigo 269 da CRM)

A descentralização respeita o Estado unitário, a unidade nacional, a soberania, a indivisibilidade e inalienabilidade do Estado e guia-se pelos princípios da prevalência do interesse nacional, subsidiariedade e gradualismo. Constituem igualmente limites à descentralização, as matérias da exclusiva competência dos órgãos centrais do Estado, nomeadamente: *(a) as funções de soberania; (b) a normação de matérias de âmbito da lei; (c) a definição de políticas nacionais; (d) a realização da política unitária do Estado; (e) a representação do*

Estado ao nível provincial, distrital e autárquico; (f) a definição e organização do território; (g) a defesa nacional; (h) a segurança e ordem públicas; (i) a fiscalização das fronteiras; (j) a emissão de moeda; (k) as relações diplomáticas; (l) os recursos minerais e energia; (m) os recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, zona contígua ao mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva; (n) a criação e alteração dos impostos. (Artigo 270 da CRM)

Estrutura da Administração Pública

De acordo com o plasmado no artigo 248 da CRM a Administração Pública estrutura-se com base no princípio de descentralização e desconcentração, promovendo a modernização e a eficiência dos seus serviços sem prejuízo da unidade de acção e dos poderes de direcção do Governo.

A Administração Pública pode organizar-se através de outras pessoas colectivas distintas do Estado - Administração, com a participação dos cidadãos.

A Administração Pública promove a simplificação de procedimentos administrativos e a aproximação dos serviços aos cidadãos. (Artigo 249 da CRM).

Estado Unitário

O Estado moçambicano é unitário[5]*, o que significa, no essencial, a existência de: (1) um só povo, i.e., uma única cidadania atribuída às pessoas que têm um vínculo jurídico-político com o Estado; (2) uma só soberania, i.e., uma única raiz do poder constituinte e, por maioria de razão, dos outros poderes constituídos; (3) um só território, i.e., um único espaço geográfico de aplicação da ordem jurídica estadual, a que se traduz, depois, na exclusividade de um conjunto de competências essenciais: (1) o poder constituinte originário (o poder de elaborar uma Constituição), que é por inerência do Estado; (2) o poder constituinte derivado (ou de modificar a Constituição), em que só o Estado intervém; (3) e, cum grannosalis, o poder jurisdicional, reservado aos tribunais estaduais*[6]*.*

5 «A República de Moçambique é um Estado unitário» (art.º 8 da CRM, 1.ª parte). Unitário é aquele Estado que é dotado de apenas um só ordenamento jurídico, cujas normas regulam os comportamentos dos seus cidadãos nos termos de uma só Constituição, produto de um só poder constituinte. O princípio da unidade do Estado exclui necessariamente, não apenas a secessão de qualquer parte do país, mas também todas as formas de fraccionamento da independência nacional (art.º 300.º/1 a) da CRM). No entanto, este princípio não exclui, antes é congruente, com a autonomia das autarquias locais (art.º 8 da CRM, 2.ª parte).

Estado, incluindo por via de federalização ou equivalente (cfr. art.º 6 da CRM). Unidade do Estado quer dizer por isso, uma República una, com uma única Constituição e órgãos de soberania únicos para todo o território nacional. Este carácter unitário constitui um limite material de revisão constitucional intimamente ligado à soberania.

6 Neste sentido, v. JORGE BACELAR GOUVEIA: Direito Constitucional de Angola, IDILP, Lisboa, 2014, pp. 562-563. Esta última afirmação deverá, contudo, ser lida cum grannosalis, já que por força do art.º 4 da Constituição moçambicana, este princípio da exclusividade dos tribunais cede lugar ao reconhecimento de outros sistemas «de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana», verificando-se assim, tendencialmente, à semelhança do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, a queda de um princípio que parecia sagrado, e que se traduz na perda de "exclusividade" dos tribunais. No essencial, por um lado, a informalização da justiça assente na criação de uma "justiça alternativa ou informal" – decorrente do movimento ADR (Alternative Dispute Resolutions), em regra, oriundo das organizações sociais e económicas, de natureza plural quanto aos meios, processos, e tipos de litígios que envolve – e no desenvolvimento do paradigma do consenso, reparação e negociação e da "justiça em comunidade". Por outro lado, assente na desjudicialização, ou seja, na simplificação processual e no recurso a meios

Já em relação a outros poderes estaduais, é – e tem sido – possível a sua distribuição entre o Estado e outras estruturas políticas infra estaduais, de outro tipo de funções e actos, nomeadamente: (1) da função administrativa, e dos actos de natureza administrativa; (2) da função política, e dos actos políticos; (3) da função legislativa, e dos actos legislativos[7]*. E, portanto, o Estado unitário tanto pode ser (1) um Estado unitário centralizado (com diferentes níveis de descentralização administrativa), como pode ser (2) um Estado descentralizado ou regional*[8]*.*

Um Estado unitário pode ser centralizado politicamente, mas apresentar diferentes níveis de descentralização administrativa. Em bom rigor, não existe, hoje, um exemplo de centralização total do Estado, uma vez que, pelo menos a função administrativa está sempre em maior ou menor grau repartido por outras entidades. Interessa por isso aferir, a opção do legislador constituinte relativamente a essa matéria. "a República de Moçambique é um Estado unitário" (art.º 8.º, 1.ª parte, da CRM)[9]*.*

O princípio da unidade do Estado exclui, necessariamente, não apenas a secessão de qualquer parte do país, mas também todas as formas de fraccionamento do Estado, incluindo por via de federalização ou equivalente. Unidade do Estado quer dizer por isso, uma República una, com uma única Constituição e órgãos de soberania únicos para todo o território nacional. Este carácter unitário constitui um limite material de revisão constitucional intimamente ligado à soberania e à independência nacional (art.º 300.º/1 a) da CRM).

Contudo, o princípio da unidade do Estado não exclui, antes é congruente, nos termos da CRM, com a autonomia das autarquias locais (art.º 8.º, 2.ª parte, da CRM), também constituí um limite material de revisão constitucional (art.º 300.º/1 j) da CRM).

Como programática que é, a Constituição moçambicana fornece também indicações sobre a estrutura da Administração Pública: "A Administração Pública estrutura-se com base no princípio de descentralização e desconcentração, promovendo a modernização e a eficiência dos seus serviços sem prejuízo da unidade de acção e dos poderes de direcção do Governo" (art.º 249/1 da CRM).

Portanto, tendo em conta a forma unitária do Estado moçambicano, o paradigma da descentralização consagrado na Constituição da República é o da descentralização administrativa.

Actualmente existem três níveis de entidades descentralizadas, nomeadamente os órgãos de governação descentralizada provincial, órgãos de governação centralizada distrital e autarquias locais. Ao nível de desconcentração, existem dois níveis de órgãos, o Secretário do Estado na Província e o Representante do Estado no distrito. No próximo capítulo iremos desenvolver a matéria em sede de revisão constitucional de 2018.

Níveis de Descentralização

Foram instituídos três níveis de entidades descentralizadas:

7 JORGE BACELAR GOUVEIA: Direito Constitucional de Angola, p. 563.

8 Há quem veja aqui um terceiro modelo, tese que é de rejeitar

9 Unitário é aquele Estado que é dotado de apenas um só ordenamento jurídico, cujas normas regulam os comportamentos dos seus cidadãos nos termos de uma só Constituição, produto de um só poder constituinte. Diferentemente, nas federações de Estados, todos os cidadãos devem simultaneamente obediência a duas ordens jurídicas, um federal e outro estadual.

- ✓ Órgãos de Governação Descentralizada Provincial, que compreende o Governador de Província, o Conselho Provincial e a Assembleia Provincial.
- ✓ Órgãos de Governação Descentralizada Distrital que compreendem o Administrador de Distrito, o Conselho Distrital e a Assembleia Distrital.
- ✓ Autarquias locais que compreendem o Presidente da Autarquia, o Conselho Autárquico e a Assembleia Autárquica.

Os órgãos de governação descentralizada provincial, distrital e órgãos autárquicos gozam de autonomia administrativa, patrimonial e financeira.

De referir que a autonomia dos órgãos descentralizados de governação provincial e distrital, não se confundem com a autonomia territorial das províncias e dos distritos, pois o modelo de descentralização adoptado é o da descentralização administrativa e não político, pelo que a autonomia é conferida aos órgãos e não aos territórios e essa autonomia é administrativa, patrimonial e financeira exercida dentro dos limites fixados na Constituição e na lei, pois o poder legislativo e judicial continuarão centralizados, assim como as áreas de soberania continuarão a ser da responsabilidade exclusiva do Estado e configuram um limite à própria descentralização.

Sistema Eleitoral para os órgãos de governação descentralizada

O Governador de Província e o Administrador de Distrito são eleitos.

A eleição é por via do sistema de Cabeça de Lista sendo eleito para Governador Provincial, Administrador de Distrito e Presidente da Autarquia Local, o Cabeça de Lista que obtiver a maioria dos votos.

Até 2024, o Administrador de Distrito é transitoriamente nomeado pelo Ministro que superintende a área da administração estatal consultado o Governador da Província.

Em caso de impedimento definitivo do titular do órgão executivo não haverá eleições intercalares, pois a sucessão irá obedecer a sequência da lista, sucedendo o membro da Assembleia que figura como segundo na ordem da lista mais votada.

O regime de apuramento do vencedor, é o de maioria absoluta para uma maioria simples.

Funcionamento dos órgãos dos órgãos de governação descentralizada

Caso a assembleia não aprove os principais instrumentos de governação o Plano e o Orçamento, diferentemente do modelo anterior em que havia apenas a queda da assembleia e a convocação de eleições para a eleição apenas dos membros da Assembleia no modelo actual, não havendo aprovação do Plano e do Orçamento verifica-se a queda de todos os órgãos autárquicos e a convocação de novas eleições e os novos órgãos eleitos não dão continuidade do mandato anterior, iniciam um novo ciclo, uma nova legislatura.

A solução pela queda de todos os órgãos, é para evitar que haja dois cabeças de

listas, um eleito na primeira eleição e outro na segunda eleição, pois o cabeça de lista da lista mais votada é o titular do órgão executivo.

Quanto ao sistema de Governo nos órgãos de governação descentralizada

O sistema de Governo no modelo anterior à revisão constitucional de 2018 era presidencial.

No actual modelo, o sistema do Governo tem poder para o parlamentar pois os governadores, administradores e presidentes das autarquias não são eleitos individualmente, eles concorrem figurando como cabeça de lista dos candidatos a membros da Assembleia.

Mas o elemento fundamental do sistema do Governo reside no poder que a Assembleia passou a ter para a demissão do Governador de província, Administrador do Distrito e do presidente do conselho Autárquico.

Quanto aos Poderes da Assembleia Provincial e Distrital

As Assembleias provinciais e distritais, dispõem de um poder regulamentar próprio.

✓ **Poder Regulamentar**

O artigo 271 da CRM dispõe que "os órgãos de governação descentralizada e das autarquias locais dispõem de um poder regulamentar próprio, em conformidade com a Constituição da República, as leis e os regulamentos emanados das autoridades com poder tutelar".

"O poder local implica (exige) (…) a dotação de poder regulamentar próprio. Poder cujo âmbito se circunscreve à esfera de acção das Autarquias Locais respectivas…"[10]. Este poder regulamentar é uma expressão da autonomia local (autonomia normativa). O núcleo da autonomia local consiste no direito e na capacidade efectiva de as Autarquias Locais regularem e gerirem, nos termos da lei, sob a sua responsabilidade e nos interesses das populações, os assuntos que lhe estão confiados (Carta Europeia da Autonomia Local, art. 3°).

Da autonomia local resulta, assim, para os órgãos de governação descentralizada e as autarquias locais, uma serie de direitos/poderes, nomeadamente o poder regulamentar. De acordo com António Cândido de Oliveira, apenas se dá importância a este poder, imaginando-se a sua essência. Sem ele, refere, a liberdade de acção das autarquias estaria fortemente limitada, pois estas estariam impedidas de disciplinar determinadas matérias administrativas adaptando-as à sua realidade. Há quem veja a autonomia normativa como cerne da autonomia local.

O poder regulamentar consiste no poder de aprovar regulamentos administrativos, os quais são normas jurídicas aprovadas pelas autarquias no exercício dos seus poderes

10 OLIVEIRA, António Cândido de (1993), ob, cit., p. 235 e ss.

administrativos[11]. Daqui resulta que, do ponto de vista material, os regulamentos são normas jurídicas que enceram as características da generalidade e abstracção típicas dos actos normativos, tal como as leis. Do ponto de vista orgânico, os regulamentos são aprovados por entidades administrativas. Do ponto de vista funcional os regulamentos são emanados no exercício da função administrativa. Do ponto de vista formal, podem apresentar-se de varias formas, nomeadamente e no que toca às Autarquias Locais, a forma de posturas das Autarquias Locais[12].

4. ASPECTOS CENTRAIS SOBRE A DESCENTRALIZAÇÃO

✓ **Estado Unitário**

Nos termos do disposto no artigo 8 da CRM, a República de Moçambique é um Estado unitário, orienta-se pelos princípios da descentralização e subsidiariedade e respeita na sua organização e funcionamento a autonomia dos órgãos de governação provincial, distrital e das autarquias locais.

✓ **Atribuições dos órgãos Centrais**

Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 139 da CRM "Os órgãos centrais têm, de forma geral, as atribuições relativas ao exercício da soberania, a normação das matérias do âmbito da lei e a definição de políticas nacionais". O nº 2 do mesmo artigo estabelece que "Constituem atribuições dos órgãos centrais, nomeadamente: […]a) as funções de soberania; […]b) a normação de matérias de âmbito da lei; […]c) a definição de políticas nacionais; […]d) a realização da política unitária do Estado; […]e) a representação do Estado ao nível provincial, distrital e autárquico; […]f) a definição e organização do território; […] g) a defesa nacional; […]h) a segurança e ordem públicas; […] i) a fiscalização das fronteiras; […] j) a emissão de moeda; […] k) as relações diplomáticas; […]l) os recursos minerais e energia; […]m) os recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, zona contígua ao mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva; […]n) a criação e alteração dos impostos".

✓ **Objectivos da Descentralização**

Nos termos do estatuído no artigo 267 da CRM A Descentralização tem como objectivos organizar a participação dos cidadãos na solução dos problemas próprios da sua comunidade e promover o desenvolvimento local, o aprofundamento e a consolidação da democracia, no quadro da unidade do Estado Moçambicano e apoia-se na iniciativa

11 O regulamento é, na classificação de Marcelo Caetano, a "norma jurídica de caracter geral e execução permanente dimanada de uma autoridade administrativa sobre matéria própria da sua competência" – Manual de Direito Administrativo, Tomo I, 10ª edição (1973), Lisboa, Coimbra Editora, p. 95

12 DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias, Oliveira, Fernanda Paula (2005), Almedina, Coimbra, p. 112.

e na capacidade das populações e actua em estreita colaboração com as organizações de participação dos cidadãos.

✓ **Representação do Estado nas Entidades Descentralizadas**

Nos termos do disposto no artigo 268 da CRM a descentralização compreende os órgãos de governação descentralizada provincial e distrital e as autarquias locais. O Estado mantém nas entidades descentralizadas as suas representações para o exercício de funções exclusivas e de soberania, nos termos definidos por lei.

A representação do Estado é uma das manifestações ou corolários do princípio de unicidade do Estado e da opção por uma descentralização administrativa

✓ **Autonomia dos órgãos de Governação Descentralizada e das Autarquias Locais**

O artigo 269 da CRM dispõe que "Os órgãos de governação descentralizada e das autarquias locais gozam de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos termos da lei".

A autonomia é concedida aos órgãos e não aos territórios (províncias e distritos), isto é, não são as províncias e os distritos que são autónomos, mas sim os órgãos de governação descentralizada provinciais e distritais é que são autónomos e autonomia é administrativa, patrimonial e financeira; a autonomia não é política, pelo que os órgãos de governação descentralizada provinciais e distritais não estão investidos de um poder legislativo, mas sim regulamentar.

Princípios Constitucionais da descentralização

Da conjugação do disposto no artigo 8 e do nº 1 do artigo 270 amos da CRM, a descentralização guia se pelos princípios da unicidade do Estado, prevalência do interesse nacional, subsidiariedade, gradualismo e autonomia local.

✓ **Limites da Descentralização**

Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 270 da CRM "A Descentralização respeita o Estado Unitário, a unidade nacional, a soberania, a indivisibilidade e inalienabilidade do Estado e guia-se pelos princípios da prevalência do interesse nacional, subsidiariedade e gradualismo". O nº 2 do mesmo artigo estabelece que "Constituem atribuições dos órgãos centrais, nomeadamente: […] a)as funções de soberania; […] b) a normação de matérias de âmbito da lei; […] c) a definição de políticas nacionais; […] d) a realização da política unitária do Estado; […] e) a representação do Estado ao nível provincial, distrital e autárquico; […] f) a definição e organização do território; […] g) a defesa nacional; […] h) a segurança e ordem públicas; […] i) a fiscalização das fronteiras; […] j) a emissão de moeda; […] k) as relações diplomáticas; […] l) os recursos minerais e energia; […] m) os recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, zona contígua ao mar territorial, na plataforma continental e na zona

económica exclusiva; […] n) a criação e alteração dos impostos".

✓ **Tutela administrativa**

De acordo como plasmado no artigo 272 da CRM, os órgãos de governação descentralizada provincial, distrital e das autarquias locais, estão sujeitos à tutela administrativa do Estado. A tutela do Estado sobre as Assembleias Provinciais, distritais e autárquicas bem como dos respectivos órgãos executivos consiste na verificação da legalidade dos actos administrativos e de natureza financeira. Excepcionalmente, e nos casos expressamente previstos na lei, a tutela pode ainda incidir sobre o mérito das decisões emanadas pelos órgãos tutelados.

As Assembleias Provinciais, distritais e autárquicas podem, ser dissolvidas pelo Governo, em consequência de acções ou omissões graves previstos na lei. O decreto de dissolução emanado pelo Governo é sujeito à apreciação e deliberação do Conselho Constitucional, nos termos da lei.

A tutela administrativa é uma das manifestações da unicidade do Estado e da opção por uma descentralização administrativa.

✓ **Da Demissão do Governador eleito pelo Presidente da República**

De acordo com o disposto na alínea j) do artigo 158 da CRM "Compete ao Chefe do Estado no exercício da sua função: […] demitir o Governador de Província (…) nos termos da Constituição".

Os termos do disposto no artigo 273 da CRM "1. O Presidente da República pode, ouvido o Conselho de Estado, demitir o Governador de Província e o Administrador de Distrito nos seguintes casos: […] a) violação da Constituição; […] b) prática de actos atentatórios à unidade nacional; […] c) comprovada e reiterada violação das regras orçamentais e de gestão financeira; […] d) condenação por crimes puníveis com pena de prisão maior. […] 2. O Despacho de demissão exarado pelo Presidente da República é sujeito apreciação pelo Conselho Constitucional, nos termos da lei".

O poder de demissão não se confunde com o poder de exoneração, pois a demissão enquadra-se no âmbito do exercício do poder sancionatório, enquanto que a exoneração se enquadra no âmbito do exercício do poder discricionário.

A legitimidade do Presidente da República decorre do facto de que nos termos do disposto no nº 1 do artigo 145 da CRM "1. O Presidente da República é o Chefe do Estado, simboliza a unidade nacional, representa a Nação no plano interno e internacional e zela pelo funcionamento correcto dos órgãos do Estado. […] 2. O Chefe do Estado é o garante da Constituição".

Aliás não é inovadora a previsão do Presidente da República poder demitir órgãos eleitos pois nos termos do disposto na e) no artigo 158 (antiga alínea e) do artigo 159), conjugado com o disposto no artigo 187 (antigo artigo 188) da CRM, o Presidente da

República tem competências para dissolver a Assembleia da República, caso rejeite, após o debate, o Programa do Governo.

✓ **Atribuições da Governação Descentralizada**

Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 276 "a governação descentralizada exerce funções em áreas, ou em medida, não atribuídas às autarquias locais, e que não sejam da competência exclusiva dos órgãos centrais, nomeadamente: […] a) agricultura, pescas, pecuária, silvicultura, segurança alimentar e nutricional; […] b) gestão de terra, na medida a determinar por lei; […] c) transportes públicos, na área não atribuída às autarquias; […] d) gestão e protecção do meio ambiente; […]e) florestas, fauna bravia e áreas de conservação; […] f) habitação, cultura e desporto; […] g) saúde no âmbito de cuidados primários; […] h) educação, no âmbito do ensino primário do ensino geral e de formação técnico profissional básica; […] i) turismo, folclore, artesanato e feiras locais; […] j) hotelaria, não podendo ultrapassar o nível de três estrelas; […] k) promoção do investimento local; […] l) água e saneamento; […] m) indústria e comércio; […] n) estradas e pontes, que correspondam ao interesse local provincial e distrital; […] o) prevenção e combate às calamidades naturais; […] p) promoção do desenvolvimento local; […] q) planeamento e ordenamento territorial; […] r) desenvolvimento rural e comunitário; […] s) outras a serem determinadas, por lei". O nº 2 do mesmo artigo estatui que "a realização das atribuições da governação descentralizada deve respeitar a política governamental traçada a nível central, no âmbito da política unitária do Estado". O nº 3 do mesmo artigo preceitua que "a lei estabelece, expressamente, a divisão de competências entre a governação descentralizada e os órgãos centrais do Estado ou seus representantes". O nº 4 do mesmo artigo deixa para a lei definição da composição, organização, funcionamento e demais competências.

✓ **Órgãos da Província**

Existem dois tipos de órgãos da província, os órgãos de representação do Estado e os órgãos de governação descentralizada.

Nos termos do disposto no artigo 277 da CRM São órgãos da Província a Assembleia Provincial, o Governador de Província e o Conselho Executivo Provincial. O Representante do Estado é um órgão de representação do Estado na Província nas áreas exclusivas e de soberania do Estado.

o **Assembleias Provinciais**

Nos termos estabelecidos no nº 1 do artigo 278 da CRM "as assembleias provinciais são órgãos de representação democrática, eleitas por sufrágio universal, directo, igual, secreto, pessoal e periódico e de harmonia com o princípio de representação proporcional, cujo mandato tem a duração de cinco anos ". O nº 2 do mesmo artigo preceitua que "Concorrem às eleições das assembleias provinciais os partidos políticos, coligações de

partidos políticos e grupos de cidadãos eleitores". O nº 3 do mesmo artigo estipula que "às assembleias provinciais compete, nomeadamente: […] a) pronunciar-se e deliberar, no quadro das atribuições da governação provincial, sobre os assuntos e as questões de interesse para o desenvolvimento económico, social e cultural da Província, à satisfação das necessidades colectivas e à defesa dos interesses das respectivas populações; […] b)prosseguir a satisfação das necessidades colectivas e à defesa dos interesses das respectivas populações bem como acompanhar e fiscalizar a actividade dos demais órgãos e serviços provinciais; […] c)fiscalizar e controlar a observância dos princípios e normas estabelecidas na Constituição e nas leis, bem como das decisões do Conselho de Ministros referentes a respectiva província; […] d)aprovar o programa e o orçamento anuais do Conselho Executivo Provincial, fiscalizar e controlar o seu cumprimento, nos termos da lei; […] e)demitir o Governador de Província, nos termos da lei; […] f)fiscalizar as actividades da governação descentralizada; […] g)exercer o poder regulamentar próprio, nos termos da lei". O nº 4 do mesmo artigo deixa para a lei a definição da composição, organização, funcionamento e as demais competências.

- **Governador de Província**

O artigo 279 da CRM dispõe que o Governador de Província dirige o Conselho Executivo Provincial e pode ser demitido pela Assembleia Provincial, nos termos da lei. É eleito Governador de Província o Cabeça de Lista do partido político, coligação de partidos políticos ou grupo de cidadãos eleitores que obtiver maioria de votos nas eleições para a assembleia provincial. A composição, organização, funcionamento e as demais competências do Governador de Província, são fixadas por lei.

O Governador resulta do processo de descentralização administrativa territorial, é eleito por sufrágio universal, não faz parte dos órgãos locais do Estado, faz parte da administração autónoma, não se subordina a nenhum órgão do Estado-Administração. A relação entre o Governador e o Estado realiza-se no quadro da tutela administrativa.

Não sendo o Governador órgão da administração directa do Estado mas sim da Administração autónoma, não representa o Estado.

O Estado ao nível provincial tem a sua representação conforme dispõe o nº 2 do artigo 277 da CRM.

A relação entre o Governador de Província e o secretário do Estado na província não é de subordinação hierárquica do ponto de vista orgânico e funcional, mas sim de coordenação.

- **Conselho Executivo Provincial**

Nos termos do disposto no artigo 280 da CRM o Conselho Executivo Provincial é o órgão executivo da governação provincial e, é responsável pela execução do programa de governação aprovado pela respectiva assembleia. A composição, organização,

funcionamento e as demais competências do Conselho Executivo Provincial, são fixadas por lei.

✓ **Órgãos do Distrito**

De acordo com o estabelecido no nº 1 do artigo 281 são órgãos do Distrito a Assembleia Distrital, o Administrador de Distrito e o Conselho Executivo Distrital. O nº 2 do mesmo artigo estabelece que "o Representante do Estado é um órgão de representação do Estado no Distrito nas áreas exclusivas e de soberania do Estado". O nº 3 do mesmo artigo deixa para a lei a fixação da composição, organização, funcionamento e as demais competências**.**

o **Assembleia Distrital**

O nº 1 do artigo 282 da CRM estabelece que "as assembleias distritais são órgãos de representação democrática, eleitas por sufrágio universal, directo, igual, secreto, pessoal e periódico e de harmonia com o princípio de representação proporcional, cujo mandato tem a duração de cinco anos". O nº 2 deste artigo estabelece que "concorrem às eleições das assembleias distritais os partidos políticos, coligações de partidos políticos e grupos de cidadãos eleitores". De acordo com o plasmado no nº 3 deste artigo "às assembleias distritais compete aprovar o programa do Conselho Executivo Distrital, fiscalizar e controlar o seu cumprimento". O nº 4 deixa para a lei a fixação da composição, organização, funcionamento e demais competências.

o **Administrador de Distrito**

De acordo com o disposto no artigo 283 da CRM o Administrador de Distrito dirige o Conselho Executivo Distrital e pode ser demitido pela Assembleia Distrital, nos termos da lei. É eleito Administrador de Distrito o Cabeça de Lista do partido político, coligação de partidos políticos ou grupo de cidadãos eleitores que obtiver maioria de votos nas eleições para a assembleia distrital. A composição, a organização, o funcionamento e as demais competências do Administrador de Distrito, são fixadas por lei.

O Administrador de Distrito, resulta do processo de descentralização territorial e é eleito por sufrágio universal, pelo que não faz parte da administração local do Estado, não é um órgão local do Estado é um órgão de administração autónoma. Sendo autónomo o Administrador não presta contas ao Governador e nem ao Secretário de Estado na província. Não há uma relação de subordinação entre o Administrador e o Governador. A relação entre o Administrador e o Estado realiza-se no quadro da tutela administrativa.

Portanto o administrador de Distrito fazendo parte da administração autónoma não faz parte dos órgãos locais do Estado e não é o representante do Estado no distrito. O Estado é representado através de um representante do Estado que é nomeado nos termos do disposto no nº2 do artigo 281 da CRM.

4.1 Vantagem da Eleição dos Administradores de Distrito

Numa situação em que o Governador é eleito, se o mesmo tivesse a possibilidade de nomear os Administradores dos distritos, significa que teríamos províncias repartidas pelos partidos políticos, isto é, toda a província ficaria a ser governada por um único partido político, o que pode criar uma cartografia política, de determinadas regiões serem dirigidas por um único partido político, o que na fase actual do processo da construção da Nação, poderia ser potencialmente atentatório à unidade nacional.

Na situação em que os Administradores são eleitos, significa que poderemos ter diferentes distritos a ser dirigidos por Administradores de diferentes partidos políticos e pode não haver coincidência com o partido que pertence o Governador da Província, é um modelo que permite maior partilha de poder entre os partidos políticos.

- **Conselho Executivo Distrital**

O artigo 284 da CRM estabelece que o Conselho Executivo Distrital é o órgão executivo de governação distrital e, é responsável pela execução do programa de governação aprovado pela respectiva assembleia, cuja composição, a organização, o funcionamento e as demais competências do Conselho Executivo Distrital, são fixadas por lei.

- ✓ **Secretário de Estado na Província**

Nos termos do disposto no artigo 141 da CRM ao nível da Província, o Governo Central é representado pelo Secretário de Estado na província, nomeado e empossado pelo Presidente da República. O Secretário de Estado na Província assegura a realização das funções exclusivas e de soberania do Estado, nos termos da lei, superintende e supervisa os serviços de representação do Estado na Província e nos distritos. A organização, composição, funcionamento e competência dos serviços de representação do Estado na Província e no distrito são definidos por lei.

Nos termos do disposto na alínea e) do nº 2 do artigo 159 da CRM Compete, ainda ao Presidente da República, nomear, exonerar e demitir o Secretário de Estado na Província.

O Secretário do Estado na Província resulta do processo de desconcentração, faz parte da administração directa do Estado, é um órgão de Administração local do Estado.

5. NATUREZA JURÍDICA DOS ÓRGÃOS DE GOVERNAÇÃO DESCENTRALIZADA

Na Sistemática da Constituição da República, Os órgãos de governação Descentralizada, não estão inseridos no capítulo atinente aos órgãos do Estado, aliás foi suprimido o capítulo atinente aos órgãos locais do Estado, mas também, não está

inserido num Capítulo sobre Poder Local o qual também foi suprimido. A lei de revisão constitucional, eliminou a terminologia órgãos locais do Estado, porém não querendo significar que não existirão órgãos locais do Estado, pois a própria Lei de revisão Constitucional, prevê que o Estado mantém nas entidades Descentralizadas as suas representações para o exercício de funções exclusivas e de soberania.

Da interpretação meramente literal da Constituição da República, existem três entendimentos possíveis sobre a natureza jurídica dos órgãos de governação descentralizada:

—Primeiro: podem ser entendidos como sendo órgãos do poder local, tendo em conta que não fazem parte dos órgãos locais do Estado.

—Segundo: podem ser entendidos como não sendo órgãos do poder local, partindo do pressuposto de que o legislador constitucional na recente revisão constitucional, suprimiu a expressão e o capítulo "Poder Local".

—Terceiro: podem ser entendidos como não sendo órgãos do poder local, se entendermos que o conceito de "poder Local" está intrinsecamente associado ao conceito de autarquia local. Aliás, há que considerar que o legislador constitucional, na revisão constitucional, não designou os órgãos de governação descentralizada provinciais e distritais, como autarquias locais, justamente porque a intenção formal do legislador não era de criar autarquias provinciais e nem autarquias distritais.

A extinção formal das expressões e dos capítulos sobre órgãos locais do Estado e dos órgãos do poder local, a não inclusão dos órgãos de governação descentralizada provincial e distrital nos órgãos de representação do Estado e a sua não qualificação como autarquias locais tem as seguintes implicações:

— Primeiro: que os órgãos de governação Descentralizada não são órgãos do Estado.

— Segundo: os órgãos de governação descentralizada provincial e distrital não são formalmente órgãos do Poder local.

— Terceiro: Deixa de existir a dicotomia órgãos locais do Estado e Representante do Estado, pois com a eliminação da primeira figura existe apenas o representante do Estado que materialmente é um órgão local do Estado.

— Quarto: O Secretário do Estado na Província, será materialmente, o órgão local do Estado ao nível provincial.

Os órgãos de governação Descentralizada provincial e distrital estão entre o Estado e as Autarquias Locais, por isso na definição das suas atribuições, o critério adoptado para a definição das suas atribuições foi por exclusão das atribuições conferidas aos órgãos centrais do Estado e as Autarquias Locais.

Os Órgãos de Governação Descentralizada provincial e Distrital não são Órgãos

do Estado pelas seguintes razões:

- Gozam de autonomia administrativa, patrimonial e financeira;
- Dispõem de um Poder Regulamentar Próprio;
- São eleitos por sufrágios universal, pessoal, directo, secreto e período, representando interesses das populações que os elegeram;
- Estão sujeitos a tutela administrativa do Estado.

A dúvida que se pode suscitar sobre a natureza jurídica dos órgãos de governação descentralizada em decorrência de uma interpretação meramente formal da Constituição da República é dissipada pela Lei n.º 4/2019, de 31 de Maio, a qual define expressamente no artigo 2 que, os órgãos de governação descentralizada são pessoas colectivas de direito público, com personalidade jurídica, dotadas de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, sem o prejuízo de interesses e da participação do Estado.

Aliás, o artigo 11, tanto da Lei nº 4/2019 e a Lei nº 7/2019, ambas de 31 de Maio, são coincidentes ao definir que:

— O princípio da descentralização consiste na criação pelo Estado, de pessoas colectivas publicas;

— A descentralização implica que a prossecução do interesse geral possa ser encarregue a outras pessoas públicas diferentes do Estado-administração;

— A descentralização tem como objectivo organizar a participação dos cidadãos na solução dos problemas próprios da sua comunidade, promover p desenvolvimento local, o aperfeiçoamento e a consolidação da democracia no quadro da unicidade do Estado Moçambicano.

Portanto os órgãos de governação descentralizada, são pessoas colectivas públicas territoriais.

São órgãos que resultam de uma descentralização administrativa territorial, de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, estão dotados de um poder regulamentar, investidos de uma personalidade jurídica própria, diferente da do Estado-administração, estando por isso sujeito à tutela do Estado.

A última questão que se pode suscitar é: será Constitucional a criação de pessoas colectivas publica diferentes do Estado-administração, no quadro da Administração publica?

A resposta é afirmativa. A existência de pessoas colectivas públicas distintas do Estado-administração tem um amparo constitucional.

Com efeito, o nº 1 do artigo 249 da Constituição da República, define que a Administração Publica estrutura-se com base no princípio de descentralização e desconcentração, promovendo a modernização e a eficiência dos seus serviços sem prejuízo da unidade de acção e dos poderes de direcção do Governo. O nº 2 do mesmo

artigo 249 da Constituição da República, de forma expressa, prevê que a Administração publica pode organizar-se através de outras pessoas colectivas distintas do Estado-Administração, com a participação dos cidadãos.

6. SEMELHANÇAS ENTRE OS ÓRGÃOS DE GOVERNAÇÃO DESCENTRALIZADA E AS AUTARQUIAS LOCAIS.

Os aspectos comuns entre os órgãos de Governação Descentralizada provincial e distrital e as autarquias locais

a) São entes resultantes da descentralização administrativa territorial;
b) São órgãos de administração autónoma;
c) São constituídos por população, território e órgãos executivos e deliberativos;
d) Gozam de autonomia administrativa, patrimonial e financeira;
e) Dispõem de um poder regulamentar próprio;
f) Estão sujeitos a tutela administrativa do Estado;
g) Os titulares são eleitos por sufrágios universal, secreto pessoal, período;
h) Não são órgãos do Estado
i) Não representam o Estado, mas sim as populações que os elegem
j) Não se subordinam aos órgãos do Estado.
k) Promovem o desenvolvimento local;
l) A sua autonomia constitui um limite material de revisão constitucional

A diferença entre órgãos de governação descentralizada e autarquias locais é materialmente ténue.

7. DIFERENÇA ENTRE O SECRETÁRIO DE ESTADO NA PROVÍNCIA E O GOVERNADOR DE PROVÍNCIA

- O Governador de Província resulta de um processo de descentralização, enquanto que o Secretário do Estado na província resulta de um processo de desconcentração.
- O Governador de Província é eleito por sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico, no modelo de cabeça de lista, enquanto que o secretário de Estado é nomeado pelo presidente da República na sua qualidade de chefe de Governo.
- O Governador de Província, representa a população que o elegeu, enquanto que o secretário do Estado na província representa o Estado e o Governo Central.
- O Governador de Província goza de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, enquanto que o Secretário de Estado obedece e presta contas ao Governo Central.

- O Governador de província está sujeito a tutela administrativa do Estado enquanto que o Secretário do Estado está sujeito a superintendência dos órgãos centrais.
- O Governador de província faz parte da administração autonómica enquanto que o secretário do Estado faz parte da administração local do Estado, fazendo por isso parte dos órgãos da administração directa do Estado.

8. AUTARQUIA LOCAL

As autarquias locais são pessoas colectivas territoriais ou públicas, dotadas de órgãos representativos próprios, que visam a prossecução dos interesses das populações respectivas, sem prejuízo dos interesses nacionais e de participação do Estado, nos termos do disposto no nº 2 do artigo 272 da CRM.

A Doutrina define autarquias locais como "pessoas colectivas públicas de população e território, correspondentes aos agregados de residentes em diversas circunscrições do território nacional, e que asseguram a prossecução dos interesses comuns resultantes da vizinhança mediante órgãos próprios, representativos dos respectivos habitantes"[13].

8.1. Natureza Jurídica das Autarquias Locais[14]

As autarquias locais são pessoas colectivas públicas territoriais. A personalidade jurídica é um pressuposto essencial da autonomia, permitindo a imposição jurídica dos interesses locais. Elas são pessoas jurídicas distintas do Estado stricto sensu, isto é, do Estado central e não elementos ou componentes dele. A natureza territorial significa que o território constitui o elemento estruturante principal da autarquia local, pois serve de: (a) elemento de referência para determinar os sujeitos da pessoa colectiva, (b) elemento de individualização dos interesses a satisfazer, (c) elemento de conotação do objecto (pessoas e bens) dos poderes e direitos atribuídos ao ente territorial (território com âmbito do exercício do poder).

9. DESAFIOS QUE SE COLOCAM EM RELAÇÃO AO MODELO ADOPTADO

- No distrito existem as seguintes entidades, primeiros três órgãos que fazem parte dos órgãos de governação descentralizada distrital nomeadamente, Administrador de Distrito, Assembleia Distrital, e o Conselho Executivo Distrital, segundo um Representante do Estado, terceiro o Representante do Governador Provincial

13 AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo, volume I, páginas 480 e 481

14 J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa, anotado, 3.ª ed; Coimbra Editora, 1993, pág.716.

no Distrito e quanto nos Distritos com autarquias mais três órgãos autárquicos nomeadamente, o Presidente do Conselho Autárquico, Assembleia Autárquica e Assembleia Autárquica. Esta situação tem um grande potencial de gerar conflitos negativos e positivos de competências, havendo necessidade de uma boa articulação, colaboração, coordenação e cooperação.

- Ao nível dos órgãos representativos teremos Deputados da Assembleia da República, Membros da Assembleia Provincial, Membros da Assembleia Distrital e Membros da Assembleia Municipal, o que dita a necessidade de uma melhor clarificação do papel de cada um no âmbito do exercício da função fiscalizadora e representativa, bem como as formas de articulação, coordenação e cooperação para que haja complementaridade e não sobreposição na sua actuação.
- A existência dos vários órgãos vai significar uma sobrecarga no Orçamento do Estado e naturalmente para o cidadão.
- Antevendo que por hipótese podem existir Governadores de Província, Administradores de Distrito e Presidentes de Conselhos Autárquicos sem maioria na Assembleia significa que deverá haver muito diálogo, negociações, alianças para garantir a governabilidade, pois caso os órgãos executivos não tenham apoio das respectivas assembleias dificilmente poderão governar sem o suporte necessário da Assembleia.
- Clarificar a divisão de competências entre os diferentes órgãos.

10. REFERÊNCIAS

CANOTILHO J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II, Artigos 108 a 296,4 Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra,2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Moreira Vital, Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991

_____, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7 edição, Edições Almedina, Coimbra, 2003

CANAS, Vitalino, O Sistema de Governo moçambicano na Constituição de 1990, in Revista -Africana de Direito, I,Lisboa,1997, pp..168 e ss..

_____, A Lei 3/94, de 13 de Setembro, da República de Moçambique, Sobre o Quadro Institucional dos Distritos Municipais. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, V.36, 195, p.228

CARILHO, José Norberto e Nhamissitane, Emídio Ricardo, Alguns Aspectos da Constituição Moçambicana, Maputo, 1991

FERNANDES, Tiago Matos, Descentralizar é fragmentar? Riscos do pluralismo

administrativo para a unidade do Estado em Moçambique, in Revista Crítica de Ciências Sociais,77, Julho 2007: 151-164.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A Democracia na Teoria do Direito Constitucional, Parte do Texto-síntese da palestra de abertura proferida na Praia, Cabo-Verde, em 25 de Junho de 2012 no âmbito da "Conferência sobre Contencioso, Justiça e Conflito Eleitoral nos países Africanos de Língua Oficial Portuguesa e Timor-Leste, organizada pela União Europeia e pelas Nações Unidas – PNUD.

_____, O Princípio Democrático no Novo Direito Constitucional Moçambicano, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXVI, Lisboa, 1995.

_____, Sistemas Constitucionais Africanos de Língua Portuguesa: a caminho de um paradigma?

_____, Direito Constitucional de Moçambique, Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2017.

_____, Manual de Direito Constitucional, I-Teoria do Direito Constitucional, 6 Edição, Almedina, Lisboa, 2016

_____, Manual de Direito Constitucional, II-Direito Constitucional Português, 6!Edição, Almedina, Lisboa, 2016

_____, A Democracia na Teoria do Direito Constitucional, parte do texto-síntese dá palestra proferida na Cidade de Praia, Cabo Verde, em 25 de Julho de 2012.

_____, As Autarquias Locais Moçambicanas e a Respectiva Legislação-Um Enquadramento Geral. In Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa. Coimbra, 2004. P.192-193.

KOSTA, E.Kafft, A Constituição de Moçambique ((2004), in Jorge Miranda e E.Kafft Kosta, As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa, Uma Visão Comparada, Jurua Editora, Curibits, 2013

Mello, Diogo Lordello, Descentralização, Papel dos governos locais no processo de desenvolvimento nacional de recursos financeiros necessários para que os governos locais possam cumprir seu papel, trabalho apresentado ao Seminário de Administração publica promovido pelo núcleo de administração pública de Angola, e pelo programa das nações unidas (PNUD), Luanda, Angola, 23 a 27 de Abril de 1990

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição, 6 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo III, Estrutura Constitucional do Estado, 6 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo V, A Actividade Constitucional do Estado, 3 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo VII, Estrutura Constitucional da Democracia, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

_____, Manual de Direito Constitucional, Inconstitucionalidade e Garantis

da Constituição, Tomo VI, 4 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

_____, Constituição e democracia, Lisboa, Petron, 1976.

_____, Formas e Sistemas de Governo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo VII, Estrutura constitucional da democracia, Coimbra Editora, Lisboa, 2007.

MONDLANE, Eduardo, Lutar por Moçambique, Edição Original: Penguim Books, 1969, 1ª Edição portuguesa, Maputo, 1975.

MONTEIRO, José Óscar, Estado, Descentralização e Cidadania: Equação possível ou comparativa?, in Instituto de Estudos Sociais e Económicas, Desafios para Moçambique, 2011

_____, O Processo democrático de descentralização em Moçambique, trabalho apresentado na II Conferência Nacional sobre descentralização, em Maputo, em Dezembro de 2013

_____, Aspectos institucionais e financeiros da Reforma dos órgãos locais em Moçambique, Maputo, Dezembro de 1990

_____,Estado e Constituição em Moçambique, Versão Pedagógica, Maputo, 2001

MONTALVO, António Bebordão, o poder local e a participação dos cidadãos, in Mário Baptista Coelho (Coordenador), Portugal, O Sistema Político e Constitucional, 1974-1987, Instituto de Ciências Sociais, Lisboa, 1989.

MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político no contexto da erosão da democracia representativa, Edições Almedina, Lisboa, 2017.

MORAIS, Carlos Blanco, O défice estratégico da ordenação constitucional das autonomias regionais, artigo que desenvolve a intervenção feita pelo autor num colóquio realizado em Dezembro de 2006, na Faculdade de Direito de Lisboa, no âmbito das comemorações relativas ao nascimento do professor Marcelo Caetano, in Portugail.co.pt, hopmepage®Comunicação ®Publicações®Revista®ano2006®ano66 – Vol III – Dezembro de 2006 ® Doutrina.

Legislação

Imprensa Nacional, Constituição da República de Moçambique, Maputo, 2004.

Comité Central da FRENTE DE LIBERTAÇÃO DE MOÇAMBIQUE, Constituição da República Popular de Moçambique, Tofo, 20 de Junho de 1975.

Imprensa Nacional, Constituição da República, Maputo, 2 de Novembro de 1990.

Lei nº 4/86, de 25 de Julho, Lei de Revisão Constitucional.

Lei nº 1/77, de 1 de Setembro.

Lei nº 1/2008, de 12 de Junho, Publicada no Boletim da República número 115, I Série, a 12 de Junho de 2008.

Lei nº 17/2013, de 12 de Agosto, Republicada, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13/2014, de 17 de Junho, Lei nº 1/2015, de 27 de Fevereiro e Lei nº 12/2016, de 30 de Dezembro.

Lei nº 1/2018 de 12 de Julho (Lei de Revisão Pontual da Constituição da república) publicada no BR, 12 de Julho de 2018 I serie – Número 115.

Lei n.º 3/94, de 13 de Setembro, que cria os Distritos Municipais.

Lei n.º 7/2012, de 8 de Fevereiro, Lei de bases de Administração Pública.

Lei n.º 9/96, de 22 de Novembro, Lei de revisão pontual da Constituição da República.

Lei n.º 3/2019 de 31 de Maio, que estabelece o quadro jurídico para a eleição dos membros da Assembleia Provincial do Governo de Província.

Lei n.º 4/2019, e 31 de Maio, que estabelece os princípios, as normas de organização, as competências e o funcionamento dos órgãos de governação descentralizada provincial.

Lei n.º 5/2019, de 31 de Maio, que estabelece o quadro de tutela do Estado a que estão sujeitos os órgãos de governação descentralizada provincial e das autarquias locais.

Lei n. º 6/2019, de 31 de Maio, que estabelece o quadro legal sobre a organização, composição e funcionamento da Assembleia Provincial.

Lei n.º 7/2019, de 31 de Maio, que estabelece o quadro legal sobre a organização e funcionamento dos órgãos de representação do Estado na Província.

Resolução n.º 40/2012, de 20 de Dezembro, publicado no Boletim da República, I Série – N.º 51.

Sites

https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br

Lei nº 1/2018 de 12 de Julho, publicado no Boletim da República, na I Série – Número 15

Resolução nº 40/2012 de 20 de Dezembro, publicado no Boletim da República, I Série, número 51.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 04.12.2020
Aceito em: 12.01.2021

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

POLÍTICA FISCAL E EXTRAFISCAL COMO FORMA DE PROMOÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Fiscal and extra-fiscal policies as a means of promotion for Social Justice

Maria de Fátima Ribeiro[1]
Allan Thiago Barbosa Arakaki[2]

RESUMO

O corrente artigo objetiva refletir sobre o papel das políticas fiscal e extrafiscal como forma da promoção da justiça social e dos direitos fundamentais. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo. O estudo está dividido em itens que abordam a justiça fiscal na Constituição Cidadã, a função social do tributo, o papel da política fiscal como instrumento de promoção da justiça social e a importância da extrafiscalidade para a justiça social.

Palavras-chave
Fiscalidade, extrafiscalidade, justiça social.

ABSTRACT

The current article aims to define what is the role of fiscal and extra-fiscal policies as a means of promoting social justice and fundamental rights. For that, bibliographic research and the deductive method were used. This article is divided into sections that discuss the fiscal policy within the Federal Constitution, the social function of taxation, the role of fiscal policy as an instrument of promotion for Social Justice and the importance of extra-fiscal policies in Social Justice.

Keywords
Taxation, extra-fiscality, Social Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Justiça Fiscal na Constituição Cidadã; 3. A Função Social do Tributo; 4. O papel da Política Fiscal como instrumento de promoção da Justiça Social; 5. A importância da extrafiscalidade para a Justiça Social; 6. Conclusão; 7. Referências.

SUMMARY: *1. Introduction; 2. Fiscal Policies in the Federal Constitution; 3. The Social Function of Taxation; 4. The role of Fiscal Policies as a means of promotion for Social Justice; 5. The importance of extra-fiscal policies in Social Justice; 6. Conclusion; 7. References.*

1. INTRODUÇÃO

Ao se estudar sobre as políticas fiscal e extrafiscal, não raras vezes refrata-se somente a sanha arrecadatória do Fisco, enfocando apenas a relação de verticalidade

1 Pós-Doutora em Direito Fiscal e Tributário (Universidade de Lisboa). Doutora em Direito (PUC/SP). Mestre em Ciências Jurídicas (PUC/RJ). Advogada e professora universitária do Programa de Mestrado e Direito da UNIMAR. E-mail: professoramariadefatimaribeiro@gmail.com.

2 Mestrando em Direito (UNIMAR). Master em Fundamentos da Responsabilidade Civil (Universitat de Girona). Especialista em Direito Público (UNIDERP) e em Ciências Criminais e Segurança Pública (CERS). Promotor de Justiça (MP/MS). E-mail: allanarakaki@hotmail.com.

em que se opõe o Estado-arrecadador e o contribuinte, o qual se vê compelido a, compulsoriamente, efetuar o pagamento de determinada contraprestação (art. 3º do CTN). Tal dinâmica, em que pese ser também verdadeira, não dimensiona o papel do sistema tributário brasileiro na promoção da Justiça Social, o que se pretende tratar aqui.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva cuidar das políticas fiscal e extrafiscal como instrumentos de promoção da Justiça Social, atingindo os ditames programáticos da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Utiliza-se, para tanto, a pesquisa bibliográfica, bem como se adota o método dedutivo.

A reflexão que se propõe, logo no início, é dimensionar o papel da Justiça Fiscal na Constituição Cidadã e sua importância na concretude da Justiça Social. Busca-se aqui responder, em síntese, qual seria o elo existente entre a relação tributária e as normas constitucionais? Após, contextualizado o leitor, adentra-se ao tema do corrente artigo, isto é, a função da política fiscal e extrafiscal como meios de se atingir a Justiça Social, procurando, enfim, responder como o liame fiscal-arrecadatório pode auxiliar na efetivação daquela.

2. A JUSTIÇA FISCAL NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Quando se estuda sobre o Direito Tributário, a primeira figura ou cena a que se remete e surge na mente é a relação vertical e contraposta, em que, em grau superior, situa o Estado-arrecadador-credor e, abaixo dele, o contribuinte, massacrado pela alta carga tributária.

A essência do elo é entendida e sintetizada, na maior parte das vezes, somente sob o foco arrecadatório, olvidando demais funções porventura existentes nela. Muito embora seja inegável que referido paradigma refrata-se constantemente no senso comum, resume verdadeira fórmula simplista e que não deve – ao menos não deveria – refletir a realidade, esquecendo demais nuances desse vínculo que transborda a equação sintética aludida. (RIBEIRO; GESTEIRO, 2005, p. 61).

A começar, o Direito Tributário deve ser analisado não de forma divorciada do texto constitucional. Ao contrário, em virtude do princípio da unidade e da supremacia da Carta Maior, mister se faz a leitura daquele em conformidade com esta; jamais o inverso, uma vez que "o princípio da unidade se garante pela Constituição como norma central do ordenamento jurídico que outorga validade às demais normas e por meio da qual se pode julgar e controlar a sua validade. A garantia da unidade é que torna possível, por outra parte, a realização dos outros dois princípios essenciais do sistema jurídico: a plenitude e a coerência". (CALLEJÓN, 2014, p. 32).

Nesse galgar, necessário rememorar que um dos fundamentos da própria estrutura

da República brasileira é o princípio dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), significando que o homem, mais precisamente as qualidades e atributos que permitem rotulá-lo como tal, deve ser a diretriz de proteção do ordenamento jurídico (MIRANDA, 2009, p. 170), acima dos bens materiais, do capital e, inclusive, do Fisco.

A propósito, a relação turbulenta entre Estado-cidadão não é questão atual, mas histórica, consubstanciada, máxime no reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração – civis e políticos –, os quais denotavam a necessidade de que o Estado respeitasse o cidadão, por meio da adoção de um comportamento negativo. Exigia-se a abstenção estatal para conter abusos e, por outro lado, reconhecia-se um átimo mínimo de proteção jurídica dentro do qual o ente estatal não poderia ingressar.

Some-se ainda que a Carta Maior brasileira centraliza como um dos objetivos do Estado a construção de uma sociedade justa e igualitária (art. 3º, I, CF/88), a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III, CF/88), além de ser um dos princípios da ordem econômica nacional a redução da desigualdade social (art. 170, VII, in fine, CF/88).

Tais normas programáticas, indispensável pontuar, emanam verdadeiros vetores e programas interpretativos os quais o Estado fica obrigado a perseguir e a intuir suas ações administrativas e legiferantes. Não são sugestões ou recomendações, mas sim normas dotadas de efetividade e cujo cumprimento o ente estatal deve perseguir. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 148).

Nesse diapasão, os tributos devem "proporcionar o alcance das metas previstas no preâmbulo da Constituição Federal, observando os fundamentos da República Federativa do Brasil e seus objetivos, nunca se limitando à simples arrecadação de valores, ou seja, os tributos devem cumprir com sua função arrecadatória e com sua função social simultaneamente" (RIBEIRO; GESTEIRO, 2005, p. 61).

De fato, a pretensão de se resguardar a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade igualitária, reduzindo as desigualdades sociais, entre outros mandamentos constitucionais, possui nítido elo com a Justiça Fiscal, que, por seu turno, guarnece clarividente relação com o princípio da igualdade e da capacidade contributiva.

O binômio (igualdade e capacidade contributiva), aliás, já era enunciado desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, respectivamente, no art. 1º e 13, *in fine*, aprovada pela Assembleia Nacional Francesa, em 17893, denotando, portanto, seu caráter universal e essencial, sobretudo, em razão da base jusnaturalista de tais direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 48).

3 Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. […] Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades. (grifo nosso).

Demonstrando o vínculo entre Justiça Fiscal e capacidade contributiva, Ricardo Lodi Ribeiro (2009, p. 210) destaca: "O ideal da Justiça Fiscal, hoje, se realiza na investigação de quanto cada cidadão pode contribuir com as despesas públicas, à luz dos valores e princípios e objetivos reatores do Estado Democrático e Social". É clara, por conseguinte, a sintonia que há entre Justiça Fiscal, o papel do Direito Tributário, a capacidade contributiva e a igualdade para atingir as metas estabelecidas na Carta Republicana de 1988.

Ora, não pode – ao menos não poderia – o Direito Tributário, em uma visão reducionista, sintetizado na regra-matriz de incidência tributária, simplesmente incidir sobre o patrimônio daqueles que não possuem tantas condições financeiras e muitas vezes privar o contribuinte de um valor mínimo a fim de atender a satisfação dos direitos sociais daquele.

O Direito Tributário, destarte, deve observar coerentemente o princípio da capacidade contributiva. Significa com isso que aqueles que estiverem em uma posição patrimonial menos abastada devem suportar o menor ônus tributário, ao passo que o Estado-arrecadador deve concentrar seu apetite voraz em cima daqueles que possuam melhores condições financeiras, porquanto esse grupo de pessoas não será privado de seu mínimo existencial, diferentemente da classe menos favorecida. (CARRAZZA, 2001, p. 522).

Vê-se, com isso, que o vínculo entre a capacidade contributiva e o princípio constitucional da igualdade ressoa à medida que em relação a este já não se satisfaz a sua existência no plano meramente formal e jurídico. Há tempos que a igualdade vem sendo compreendida em sua dimensão material, admitindo, por conseguinte, comportamentos díspares por parte do ente estatal, acaso haja situações fáticas claramente desiguais que justifiquem aquele atuar exatamente para nivelá-las.

Na seara tributária, a própria Constituição Federal, imbuída de tal premissa, veda o tratamento desigual de contribuintes em situação idêntica (art. 150, II), ao passo que adotou o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º). Implica dizer que não há qualquer antinomia aqui; ao contrário, ambas as normas se complementam e se conjugam na busca da justiça tributária (SILVA, 2013, p. 224), reverberando a densidade do próprio princípio da igualdade em sua perspectiva material.

Quanto ao equacionamento entre capacidade contributiva e salvaguarda ao mínimo existencial, diga-se que não se privilegia qualquer ideia romantizada a respeito e muito menos se pretende estabelecer módulos genéricos para resolução de conflitos. A dimensão da capacidade contributiva e eventual ofensa ao mínimo existencial devem ser vistos caso a caso, inseridos em um contexto e com todas as peculiaridades que circundarem a situação (SARLET, 2011, p. 145), cabendo então ao intérprete verificar

qual deles preponderará para a resolução do conflito de valores existentes.

Ademais, outro ponto importante a se enfatizar, de igual maneira e que se situa dentro da concepção de Justiça Fiscal, guarnece no princípio da proibição do confisco. Este, na realidade, não traduz, por si só, qualquer concepção nova ao sistema tributário, contudo reformula os já existentes princípios da razoabilidade e da proporcionalidade dentro daquele, imprimindo-lhes um sentido mais específico.

O confisco tributário, como é sabido, "consiste em uma ação do Estado, empreendida pela utilização do tributo, a qual retira a totalidade ou parcela considerável da propriedade do cidadão contribuinte, sem qualquer retribuição econômica ou financeira por tal ato" (CASTILHO, 2002, p. 39). Existe ele, portanto, quando a ação estatal repercute economicamente de forma tão arrebatadora e intensa sobre o patrimônio do indivíduo-contribuinte que o impacta desproporcionalmente e sem qualquer fundamento lógico.

A essência da proporcionalidade e da razoabilidade, logo, afasta a lógica de qualquer admissão de confisco por parte do ente estatal, vez que a simples cogitação dele traduz repulsa intensa à adequação entre instrumentos e fins, além da dissociação da utilidade, porquanto poderia causar situação de penúria ao indivíduo, gerando um grave problema social.

Tamanha é a extensão da garantia constitucional da proibição do confisco que, pela redação meramente legal, reduzir-se-ia apenas a tributos (art. 150, IV, CF/88), porém, vem sido a ela imprimida interpretação extensiva para abarcar outras situações, como multas, por exemplo. A propósito, a própria Suprema Corte brasileira, na ADI 551/RJ, usou tal fundamento como *ratio decidendi* a fim de se declarar inconstitucional norma estadual que impunha multa em proporção confiscatória. (STF, 2003).

O não confisco condensa o teor da Justiça Fiscal também, posto que, se esta emana a proposta de que o ônus tributário deve ecoar segundo a capacidade de pagamento de cada um, da mesma maneira, aquele não pode se encorpar, injustificadamente, de tal magnitude que, despido de qualquer contorno de razoabilidade, recaia sobre o patrimônio do contribuinte, privando-o de uma proporção significativa de seus bens.

Enfim, ao se ler o Sistema Tributário sob o holofote da Carta Maior brasileira, sobretudo, em relação às normas programáticas e o compromisso de se providenciar uma Justiça Fiscal, observando a capacidade tributária e o não confisco, resta cristalino o dever que assumem as políticas fiscal e extrafiscal na promoção da Justiça Social.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO

Antes de se adentrar à discussão da política fiscal e extrafiscal como instrumentos

para a promoção da Justiça Social, imperioso consolidar a premissa de que o tributo possui relevante função social, além de ser a seiva da qual se nutre o Estado: "*la financiación por médio de tributos debe constituir uma pieza básica, em términos cuantitativos, em la financiación del Estado*" (ESTEVAN, 2020, p. 59).

Tal qual o sangue é importante para o corpo humano, o tributo é essencial para o Estado. Por meio do último, propicia-se ao ente custear toda sua estrutura, cumprindo a agenda de compromissos constitucionais com a qual se comprometeu, o que justifica a arrecadação como "instrumento voltado à redistribuição de riquezas a serviço de uma política social e econômica." (ALVES; DUARTE, 2017, p. 283).

No mesmo sentir, Hugo de Britto Machado (2009, p. 42) destaca a ligação íntima existente entre o tributo e a cidadania na seguinte oração: "Há mesmo quem diga que o tributo é o preço da cidadania".

O binômio tributo-cidadania consubstancia expressão muito feliz. De fato, é por meio do tributo que o ente estatal consegue substrato para poder colocar em práticas medidas que visem a conferir concretude aos direitos sociais, como saúde, educação, etc, estando a cidadania umbilicalmente ligada a estes. Não há como cogitar da existência de cidadania, em sua dimensão material e real, relegando ao esquecimento os direitos fundamentais, cujo cumprimento, repita-se à exaustão, é dever do Estado.

Além disso, da função meramente arrecadatória, a tributação possui outras finalidades, consistentes na distribuição de renda e riqueza, bem como na de orientação de investimento, poupança e produção, como lembram Maria de Fátima Ribeiro e Renata Alencar Silva (2019, p. 178).

Refrata-se, de forma inquestionável, que o tributo, por conseguinte, possui cristalina função social, posto que, sem prejuízo de servir para subsidiar os atos materiais do Poder Público que darão concretude aos direitos fundamentais, verbera a distribuição de renda e riqueza. Observam-se, assim sendo, as diretrizes constantes na Constituição Federal, que é o "certificado da cidadania dos povos, o compromisso de seu futuro, o monumento da sua maioridade, a Carta de seus direitos, o compêndio de suas liberdades, a garantia de sua proteção fundamental." (BONAVIDES, 2011, p. 58).

O art. 3º, I, da CF/88 conduz à ideia de sociedade solidária, sendo que o inciso IV, do mesmo dispositivo, impõe a erradicação da pobreza como diretriz republicana. O art. 170, *caput*, da CF/88 dedica como um dos fundamentos da Ordem Econômica a valorização do trabalho, seguindo como princípio não só a propriedade privada, mas a função social da propriedade.

Veja-se que a tônica constitucional impõe que a interpretação da relação tributária seja formulada em igual sintonia, qual seja, a busca da distribuição de renda e riquezas, redimensionando com isso o ônus da tributação em atenção aos princípios da igualdade

e da capacidade contributiva: quem possuir mais contribui mais ao Estado-credor; quem possuir menos contribui menos para o Estado-credor. O tributo, destarte, funciona como instrumento de distribuição de renda e riqueza a todos ao desempenhar o referido mister de acordo com os ditames constitucionais. (FERREIRA, 2007).

Ademais, mediante a relação tributária, vertem-se – ou ao menos deveria verter – à população os recursos hauridos, sobretudo, em forma de políticas públicas, voltadas à efetivação dos serviços gerais e de direitos sociais, como educação, saúde, lazer, entre outros. É sabido, aliás, que é "por meio da instituição de políticas públicas que a tributação perde o seu fim meramente arrecadatório e se constitui em um mecanismo de desenvolvimento e inclusão social" (RODRIGUES; KUNTZ, 2018, p. 160), emergindo a função social do tributo.

4. O PAPEL DA POLÍTICA FISCAL COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Compreendida a noção de Justiça Fiscal como verberadora dos cânones mais caros da Constituição Federal, redimensionando em um sentido mais amplo a missão do Direito Tributário, bem como demonstrada a função social do tributo, faz-se mister demonstrar como, de igual maneira, o papel do exercício da política fiscal serve como meio para se atingir a Justiça Social apregoada no texto constitucional.

O Estado, como é cediço, não sobrevive senão em razão e em função dos próprios governados. Em uma relação simbiótica – ao menos se presume que assim o seja-, os últimos renunciam a sua liberdade para o estabelecimento de um ente maior social, cujo papel seria evitar a guerra entre todos os indivíduos, numa concepção hobbesiana. (DALLARI, 1986, p. 10).

Uma das consequências dessa abdicação da parcela de liberdade para a constituição de um ente estatal maior é o estabelecimento da relação tributária, até mesmo porque o Poder Público, como entidade abstrata, ou melhor, pessoa jurídica, por si só, nada possui e, se nada possuir, por óbvio, nada fará. Sobre os tributos e sua importância para a política fiscal, Tipke e Yamashita (2002, p. 225) destacam como sendo "uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir com suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos".

Oportuno não olvidar que a necessidade do pagamento de tributos para o ente estatal encontra guarida não só no lastro das teorias filosóficas contratualistas, mas também na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 13, primeira parte), a qual qualificou a prestação a ser paga como indispensável contribuição comum com vistas à manutenção da força pública e das despesas de administração.

Veja-se que já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o Estado, previa, portanto, um destino mais amplo da arrecadação tributária do ente público do que apenas o mero custeio do aparato estatal. Visualizável desde aquela época a necessidade de se verter políticas públicas aos governados, viabilizadas e possíveis por meio da arrecadação.

A política fiscal, alinhada a todo o processo evolutivo histórico e social, nas feições atuais, dessa maneira, acortina-se como essencial e imprescindível para que o Estado tenha patrimônio próprio e, com isso, consiga cumprir as obrigações legais e constitucionais. É necessário que o ente público arrecade adequadamente a fim de que possua dinheiro em caixa para atender os próprios governados na instituição de políticas públicas e na promoção da Justiça Social. Sem arrecadação, nada se faz, e pior, volta-se aos contornos do Estado absenteísta, em que o mercado trata de intensificar o processo de desigualdade entre os mais ricos e os mais pobres.

Rememorável considerar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu vários direitos sociais (art. 6º da CF/88), como saúde, educação, transporte, lazer, segurança, previdência social, além da assistência social, entre outros, cabendo ao Poder Público fazer frente a eles. Cogitar que os direitos e as políticas públicas de qualidade não impliquem custos seria um pensamento muito pueril, uma vez que são os que mais demandam alocação orçamentária do ente público, daí sendo mais do que evidente a imprescindibilidade de não só arrecadar, mas de fazê-lo de forma suficiente para tanto.

A respeito dos custos dos direitos, lapidar a lição de Holmes e Sustein (1999, p. 43): "R*ights are costly because remedies are costly [...] Almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriosly only when dereliction is punished by the Public Power drawing on the public purse*4."

Ademais, os direitos sociais mencionados, muito embora condensem em seu bojo certa densidade programática, figuram "normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis." (MORAES, 2006, p. 181). Assim sendo, não são sugestões, recomendações ou orientações, mas verdadeiras diretrizes com carga de efetividade jurídica e, com tal, passíveis de cobrança de seu devedor, isto é, do Estado.

Gize-se que eventual fragilidade na política fiscal repercute justamente nessas ações do Estado, visto que elas dependem nitidamente do que se arrecada a fim de se colocar em prática políticas públicas mais adequadas e corretas, imprimindo com isso maior efetividade à Justiça Social.

Situação, contudo, que fomenta intenso debate, sem prejuízo das mazelas da política fiscal, a qual, conforme frisado é imprescindível na efetivação da Justiça Social, é o destino

4 Direitos são custosos porque as ações são custosas (…). Quase todo direito implica um dever e deveres somente são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos (tradução nossa).

do que é haurido, ou melhor, o que é feito com o que é arrecadado. Diversamente do que deveria ser, ou seja, cumprir a agenda constitucional, a qual é bem clarividente e lúcida de que se trata de um compromisso de Estado, infelizmente, não raras vezes, verte-se o recurso amealhado para atendimento de agenda política ou de governo (GRAU, 2008, p. 45), com vistas ao imediatismo e ao midiático.

Hugo Rodrigues e Tatiele Kuntz (2018, p. 160) apontam de forma lapidar que "as políticas públicas, em especial as tributárias, têm sido usadas com caráter meramente impositivo, ou seja, com o fim único de arrecadar recursos para os cofres públicos, e a qualquer custo, sem se preocupar com os direitos do cidadão contribuinte".

Veja-se que o imbróglio não orbita na mera ausência de arrecadação pelo fato de a carga tributária ser pequena ou diminuta, até mesmo porque ela registrou, inclusive, aumento de 33,17% do Produto Interno Bruto no ano de 2019 (SIMÃO; RIBEIRO, 2020)5, atingindo maior patamar desde 2010. Assim sendo, soa muito claro que a carga tributária não é desconsiderável ou pequena, posto que, em simples pesquisa, é fácil verificar que é significativa, sendo, inclusive, uma das razões para a proposta da Reforma Tributária.

Nesse eito, descortina que o grande problema quanto à política fiscal, quando se concerne à Justiça Social, não reside, a bem da verdade, nela mesma, mas sim na alocação do recurso. Embora a Constituição Federal seja precisa nas agendas estatais e nas metas consubstanciadas nas normas programáticas, infelizmente, em um processo de emendas e remendas daquela, não raras vezes se observa o direcionamento da política fiscal cingida ao custeio de uma máquina pública exorbitante, inchada e cujos gastos não param de crescer.

5. A IMPORTÂNCIA DA EXTRAFISCALIDADE PARA ATINGIR A JUSTIÇA SOCIAL

Extrafiscal, no magistério de Aliomar Baleeiro (1999, p. 576-577), é a denominação do tributo que "visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia".

Com efeito, por intermédio da extrafiscalidade, é possível utilizar o tributo ou o benefício fiscal como instrumento para se atender determinado interesse social, fomentando um padrão desejado de atuação ou consumo e desestimular outro, resguardando com isso o Estado de Bem-Estar Social. (ALEXANDRINO; BUFFON,

5 A propósito, a reportagem das jornalistas Edna Simão e Mariana Ribeiro (2020), veiculada pelo Valor Econômico, destaca ainda, pelos dados do Tesouro Nacional, que a soma dos impostos, no ano de 2019, dos Governos Municipais foi de 2,27% do PIB, enquanto a dos Estados, de 8,67% do PIB, e a do governo central em 22,24%.

2015, p. 235).

Cite-se, a título meramente exemplificativo, as reduções de alíquotas de IPI incidentes sobre as indústrias de eletrodomésticos e automobilística, que tornou o preço final do produto ao consumidor mais competitivo e, com isso, estimulou o consumo. (AMATO, 2012). Ademais, de igual forma, pode-se mencionar a redução de IPI para álcool gel e demais produtos e insumos relacionados à pandemia de Coronavírus6, cujo intuito cristalino foi tornar mais acessível aqueles materiais em razão do cenário de descalabro de saúde pública mundial.

É possível concluir, portanto, segundo os exemplos pontuados acima em relação ao IPI, que se cuida aqui de hipóteses, cujo intuito é atingir uma finalidade pública, seja de consumo, seja de comportamento, e desestimular outro, ficando a questão arrecadatória em um plano mediato, porém, jamais olvidada ou suplantada totalmente.

Em relação à extrafiscalidade, considerando que o fim arrecadatório é secundário, é palpável a importância de seu papel para "preservar o mercado dos vícios do modelo econômico [...] e assegurar a realização dos fins últimos da ordem econômica, quais sejam, propiciar vida digna a todos e realizar a justiça social." (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 473). Isso porque se cuida também de um dos meios de intervenção indireta do Estado na economia, na forma do art. 174, *caput*, da CF/88, em que se franqueia sua ação como agente normativo e regulador.

Tal medida propicia que o Estado, de forma célere e planejada, realize intervenção imediata na economia, a qual se justifica desde que compromissada à agenda constitucional. De fato, por exemplo, direitos de natureza social, como o emprego, moradia, alimentação, e transindividuais, como o meio ambiente equilibrado, impõem que o Poder Público possa intervir economicamente e de forma ágil.

Interessante notar que a política extrafiscal atinge um interesse público que a fiscal, por si só, se compreendida isoladamente, não conseguiria atender, demandando, por conseguinte, uma leitura conjunta de ambas para atingir a Justiça Social; jamais de forma excludente uma da outra. A questão atinente à política fiscal e extrafiscal para atingir a Justiça Social, dessa maneira, demanda análise inclusiva e conjunta de ambas, por meio de uma interpretação sistêmica e una, não conflitante ou exclusiva.

Observa-se que é justamente a viabilidade da intervenção do Poder Público, em relação à política extrafiscal, que permite conferir concretude a determinados direitos constitucionais que, sob a visão caleidoscópica meramente fiscal, seria insuficiente e inútil ao fim que se destina.

De fato, a título exemplificativo, veja-se a questão da concessão de diminuição

6 Nos termos dos artigos 1º e 2º do Decreto n. 10.285, de 20 de março de 2020.

de alíquota do IPI a veículos automotores, cujo intuito nítido seria viabilizar o preço competitivo ao consumidor final e, com isso, aumentar ou manter o consumo. O interesse, na hipótese citada, seria apenas propiciar que o consumidor compre veículos automotores a um preço interessante? Obviamente, não. Haveria aqui interesses e direitos constitucionais diversos resguardados, como a proteção à empresa, a proteção ao emprego, melhor dizendo, a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF/88), além do direito social ao trabalho (art. 6º, CF/88).

De igual maneira, a exação mais onerosa do ITR em relação a imóveis rurais inexplorados. O intuito primário da maior onerosidade em tais casos seria arrecadatório? Evidentemente, não. A relação é cristalina entre a maior onerosidade do imposto e a política estatal de impelir o proprietário da área rural ao cumprimento da função social daquela, o que é um compromisso de envergadura constitucional (art. 5º, XXIII, CF/88).

Resta clarividente, por conseguinte, a função da política extrafiscal no intuito de se imprimir contornos e nuances mais robustos à Justiça Social e que, em algumas ocasiões, não se conseguiriam se obter por meio da política meramente fiscal. Nas duas situações acima – redução de IPI de veículos automotores e exação mais onerosa do ITR às propriedades inexploradas –, se o enfoque fosse primariamente arrecadatório, a lógica da ação estatal seria de majorar os impostos para satisfazer o apetite fiscal e, após, com o resultado arrecadado, direcionar ao cumprimento da agenda constitucional, situação esta que frustraria o intuito de se efetivar o Estado de Bem-Estar Social.

Em outro sentir, oportuno destacar, contudo, que o fato de a extrafiscalidade auxiliar na efetivação da Justiça Social não admite a banalização daquela. Cabe se ter certa cautela em sua utilização, pois, muito embora não tenha em seu sentido primário a pretensão arrecadatória, não pode ser utilizada de forma abusiva, generalizada ou irresponsável, sem nenhum planejamento fiscal do impacto do ônus na arrecadação do Poder Público e, sobretudo, quando implicar a quebra da harmonia do pacto federativo fiscal.

Com efeito, em que pese a extrafiscalidade soar como instrumento adequado para fomentar o Estado de Bem-Estar Social, o fato é que, por vezes, a depender da diretriz adotada, poderá aquela gerar reflexo grave em funções arrecadatórias do próprio ente federado e até mais preocupante, em relação a outros entes federados que não participaram da referida política extrafiscal diretamente.

A redução da alíquota do IPI quanto aos veículos automotores, promovida pela União, por exemplo, influencia não apenas a relação entre União, empresa e contribuinte. Em tal situação, a política extrafiscal adotada acarretará a diminuição do valor final ao consumidor e impactará, ainda que indiretamente, a arrecadação do Estado pelo IPVA e, por conseguinte, na efetivação de políticas públicas sociais por outro ente federado.

(GODOY; LORETI; MONTEIRO, 2010, p. 44).

Importa dizer, em síntese, que muito embora a extrafiscalidade se descortine como importante meio para fomentar determinado padrão de comportamento ou de consumo ou, no mesmo sentido, desestimular, o que é de extrema relevância para a Justiça Social, deve ser manejada com cautela, sobretudo, quando sua adoção impactar a sanha arrecadatória de outro entre federado (GODOY; LORETI; MONTEIRO, 2010, p. 44).

Ademais, importa destacar que "os objetivos da extrafiscalidade são alheios à mera arrecadação, no entanto, não significa que não resulte em arrecadação ao Estado" (ANSELMINI; BUFFON, 2020, p. 302). Assim, a extrafiscalidade influencia no aspecto da arrecadação do próprio ente público, de sorte que deve ser utilizada – ao menos deveria – sempre lastreada em um planejamento fiscal, exaustivamente debatido e atrelado fielmente ao interesse público em toda época e período e totalmente divorciado de intenções escusas ou panfletárias.

Não se pode olvidar ainda que o elo jurídico que se constata é de complementaridade entre políticas fiscal e extrafiscal no atingimento da Justiça Social, o que garante perfeita coesão e unidade de um sistema. Não há polarização entre ambas, mas, frise-se, relação de horizontalidade e de complementaridade, porquanto inexiste "entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade." (CARVALHO, 2016, p. 238).

Enfim, acaso as políticas fiscal e extrafiscal, portanto, sejam utilizadas, olvidando todo o impacto tributário imediato ou mediato, dissociadas da relação de complementaridade e harmonia que deve haver entre ambas, compromete-se aí não apenas a arrecadação, mas o próprio funcionamento do Estado de Bem-Estar Social e, por conseguinte, a efetivação da Justiça Social, bem como a função social do tributo.

6. CONCLUSÃO

As políticas fiscal e extrafiscal, portanto, demonstram, com cristalina clareza, que servem como instrumentos para se atingir a Justiça Social, uma possibilitando complementar a outra, esvaziando, por conseguinte, a cena clássica e eternizada de que o Direito Tributário reduzir-se-ia ao Estado, cuja sanha arrecadatória e insaciável oprimiria o contribuinte.

A relação verticalizada entre o Estado-credor, em posição suprema, e o contribuinte, no lado inferior da escala, como devedor dos tributos, cede lugar para um vínculo de interesse comum. Isso porque o Estado possui interesse de arrecadar, posto que se comprometeu a cumprir e efetivar variados direitos constitucionais em favor

do administrado, enquanto isso, o contribuinte-cidadão se mostra interessado por se tornar credor e usufrutuário daqueles (direito à educação, à segurança, ao meio ambiente equilibrado, ao trabalho, ao pleno emprego, entre outros).

O hiato intenso entre a efetivação de normas programáticas, mesmo diante da alta carga tributária, aponta para a necessidade de melhor direcionamento da arrecadação fiscal, bem como um planejamento melhor com vistas a projeto de Estado e não de mandatos. Urge a realização de uma reforma tributária estruturante de todo o sistema fiscal e tributário a fim de promover sua simplificação, redução e, sobretudo, melhor alocação de recursos financeiros.

De fato, a dissonância existente entre carga tributária alta e a efetividade dos direitos constitucionais, cujo cumprimento cabe ao Estado, leva à desilusão do principal papel deste e do motivo pelo qual se justifica a relação tributária. Não há sentindo em o contribuinte ser oprimido por uma tributação excessiva e o Estado nada verter de útil a quem recolhe, como saúde, educação, segurança pública.

Ademais, a cidadania fiscal se descortina como singular e importante instrumento de cidadania participativa, posto que, quanto maior for a participação popular em assuntos estatais, com debates e posições de segmentos heterogêneos, as decisões, sobretudo, de planejamento da *polis*, tendem a ser mais maduras e enriquecidas, além de volver à ideia de que o tributo possui também, a par da função arrecadatória, um viés socioeconômico, do qual não pode se afastar o Poder Público.

Conclui-se, portanto, que a dissociação entre políticas fiscal e extrafiscal da função socioeconômica do tributo significa o divórcio do sistema tributário às normas constitucionais. A figura da verticalização da relação tributária polarizada, dividida entre, de um lado, o opressor-arrecadador-credor e, do outro, oprimido-contribuinte-devedor, não encontra guarida nas linhas da Carta Maior da República, devendo ser repensada a verdadeira missão do Direito Tributário e o seu papel na efetividade da Justiça Fiscal e Social.

7. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Carolina Shröeder; BUFFON, Marciano. A extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Revista Argumentum*, Marília, v. 16, p. 229-245, jan./dez. 2015.

ALVES, Bruna Alexandre Marques; DUARTE, Francisco Carlos. Aplicações da extrafiscalidade no direito brasileiro. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 2 (2016), p. 280-300, 13 jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/329/>. Acesso em: 02 de abr. 2020.

AMATO, Fábio. Governo prorroga IPI menor para carros, linha branca e móveis. **G1**, Brasília,

29 de ago. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2012/08/mantega-anuncia-prorrogacao-de-reducao-de-ipi-para-linha-branca.html/>. Acesso em 02 de abr. 2020.

ANSELMINI, Priscila; BUFFON, Marciano. Extrafiscalidade como meio de realização de políticas públicas: a busca pela concretização do "bem comum" no estado democrático de direito. *Revista Eletrônica Direito e Política do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.15, n.1, p. 295-315, 1º quadrimestre de 2020.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional***.** 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao Poder de Tributar.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA, Alice Mourzinho. *Cidadania Fiscal.* Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/>. Acesso em: 02 de abr. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 10.285/2020, de 20 de março de 2020*. Reduz temporariamente as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI incidentes sobre os produtos que menciona. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391293/>. Acesso em: 02 de abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 551 RJ – Rio de Janeiro.* Ação Direta de Inconstitucionalidade. §§ 2.º e 3.º do art. 57 do ato das disposições constitucionais transitórias da constituição do estado do rio de janeiro. fixação de valores mínimos para multas pelo não-recolhimento e sonegação de tributos estaduais. violação ao inciso IV do art. 150 da carta da república. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 14 de fevereiro 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266412/>. Acesso em 02 de abr. 2020.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco tributário.* São Paulo: RT, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional.* 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo em el estado social y democrático de derecho.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

FERREIRA, Alexandre Henrique Salema. *Política tributária e justiça social: relações entre tributação e os fenômenos associados à pobreza.* Paraíba: EDUEP, 2007.

FRANÇA. [Assembleia Nacional Constituinte (1789)]. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, [2020]. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-

anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html/>. Acesso em: 26 de abr. de 2020.

GODOY, Bruna Mozini; LORETI, Nicolle Crivellaro; MONTEIRO, Priscila Possidente. Aspectos relevantes sobre o impacto gerado pela redução das alíquotas do IPI para veículos na arrecadação do IPVA pelos Estados. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 2, p 43-53, ago. 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

HOLMES, S; SUSTEIN, C. *The Cost of Rights*. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 43.

MACHADO, Hugo de Brito. *Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *In:* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (coord.). *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 1097-1106.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RIBEIRO, Maria de Fátima; SILVA, Renata Cristina de Oliveira Alencar. A cidadania fiscal como exercício da democracia na Administração Participativa. *In*: BEÇAK, Rubens; SILVEIRA, Vladmir Oliveira; FERREIRA, Fernanda Busanello (coord.) *Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos*. Encontro Nacional do CONPEDI. 28., 2019, Goiânia, 2019, p. 177-193.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. A busca da cidadania fiscal no desenvolvimento econômico: função social do tributo. *Revista Argumentum*, Marília, v. 5, p. 59-74, 2005.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Hugo Thamir; KUNTZ, Tatiele Gisch. Políticas públicas tributárias: a justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v.38, n. 2, p. 151-170, jul./dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na CF/88*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIMÃO, Edna; RIBEIRO, Mariana. Carga tributária do país tem alta em 2019 e é a maior em uma década. *Valor Econômico*, Brasília, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/03/31/carga-tributaria-do-pais-tem-alta-em-2019-e-e-a-maior-em-uma-decada.ghtml>. Acesso em: 02 abr. 2020.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 30.10.2020
Aceito em: 02.12.2020

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

A VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE EVOLUTIVA CONSIDERANDO O CONTROLE DIFUSO E O NOVO CPC E O CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS.

The binding of decisions handed down by the Supreme Court: evolutionary analysis considering the diffuse control and the new CPC and abstract control of standards.

Maria Aparecida do Nascimento Pereira[1]
Gassen Zaki Gebara[2]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a vinculatividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sua evolução e extensividade. Essa análise terá como base o controle de constitucionalidade difuso, sendo este verificado com os novos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015. A partir de 1960, aproximadamente, o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, começou a adotar o efeito vinculante em face do controle abstrato, sendo ao longo dos anos sedimentado e em face do controle difuso há uma nova perspectiva: a abstrativização. No que tange à metodologia utilizada o estudo enquadra-se como pesquisa descritiva, com estudos em doutrinas, artigos jurídicos, jurisprudência, quanto ao efeito vinculante, que nos remete a posicionamentos que estão sendo consolidados e discutidos, percebendo-se principalmente críticas ao "sistema de precedentes" e a abstrativização do controle difuso.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the binding nature of decisions handed down by the Federal Supreme Court, its evolution and extensiveness. This analysis will be based on diffuse constitutionality control, this being verified with the new provisions of the Code of Civil Procedure of 2015. From 1960 approximately the Federal Supreme Court in its decisions began to adopt the binding effect in face of the abstract control, being over the years sedimented and in the face of diffuse control there is a new perspective: the abstractivization. Regarding the methodology used, a descriptive research with bibliographical research of doctrines, legal articles, jurisprudence, regarding the binding effect, which refer to positions that are being consolidated and discussed, perceiving mainly criticism of the "precedent system" and the abstractivization of diffuse control.

1 Acadêmica do Curso de Direito no Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Email: marianascimentocamara@hotmail.com.

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Brasília. Professor no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN e na Universidade Federal da Grande Dourados. Email: gassen.gebara@unigran.br.

Palavras-chave: Vinculatividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, evolução do efeito vinculante, controle difuso contra o CPC/2015.

Keywords: *The binding effect of STF decisions, evolution of the binding effect, diffuse control against CPC / 2015.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Natureza jurídica do controle de constitucionalidade adotado no Brasil; 3. Vinculatividade no controle difuso – abstrativização; 4. Precedentes vinculantes conforme CPC/2015; 5. Considerações finais; 6. Referências.

SUMMARY: *1. Introduction; 2. Legal nature of the control of constitutionality adopted in Brazil; 3. Binding effect in diffuse control - abstractivization; 4. Binding effect precedents according to CPC/2015. 5. Final considerations. 6. References.*

1. INTRODUÇÃO

No Brasil o controle de constitucionalidade de normas utilizado é o misto, ou seja, controle abstrato (concentrado) de normas e controle difuso (subjetivo/concreto). O efeito vinculante das decisões foi sendo incorporado ao longo dos anos trazendo efetividade dos direitos e proporcionando celeridade aos processos. Atualmente a interpretação e até mesmo a aplicação do efeito vinculante vem de modo extensivo abarcando outras perspectivas.

Desde 1965, o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, adota o efeito vinculante. Nesse ano foi introduzido no Brasil o controle abstrato ou europeu, através da Emenda Constitucional n. 16. É certo que essa vinculatividade não alcançava as decisões do STF, proferidas no controle concreto ou difuso, mas é ponto de partida para que a mesma fosse introduzida gradualmente.

Nesse ponto importa dizer que a vinculatividade no controle difuso tem matriz mas nítida no atual CPC, a partir de seus arts. 489 (que versa sobre a imperatividade da fundamentação das decisões judiciais, na esteira do que dispõe o art. 93, IX, CF), combinado com o regramento preconizado nos art. 927 e seguintes da lei instrumental civil vigente.

É do cotejo desse regramento positivado é que a doutrina vem admitindo, também gradualmente, a chamada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Observe-se que há ainda resistência muito forte por parte de alguns autores, notadamente do Professor Lenio Streck, conforme é demonstrado mais adiante.

Esse estudo busca refletir sobre a vinculatividade das decisões pronunciadas pelo STF, sua evolução e efetividade. O tema em si faz questionar o caráter vinculativo das decisões e como isso também refletiu no Código de Processo Civil de 2015.

Nem sempre o direito prevê todas as situações que ocorrem na vida em sociedade, portanto, há a necessidade de se adequar aos novos parâmetros sociais. A vinculação

vem transformando a aplicação do direito, pois ao mesmo tempo em que envolve novas realidades, rompe com paradigmas estabelecidos pelas normas positivadas.

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar a evolução das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à vinculatividade na seara do controle de constitucionalidade difuso e o novo CPC e o controle abstrato de normas, e como objetivos específicos, analisar a evolução do caráter vinculativo das decisões do Supremo Tribunal Federal, apresentar o surgimento do termo "precedente" e sua dimensão frente ao controle difuso e abstrato de normas e avaliar as principais transformações oriundas do Novo Código de Processo Civil de 2015 quanto à vinculatividade.

Para Eduardo Talamini (2020) e Fredie Didier (2015; 2020), o Código de Processo Civil ratificou o que já estava sendo aplicado nas decisões, ou seja, houve um desencadeamento de paradigmas que foram pouco a pouco se estabelecendo e a força vinculante foi sendo sedimentada. É o que será exposto a seguir.

2. NATUREZA JURÍDICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO ADOTADO NO BRASIL

A vinculatividade no controle difuso tinha previsão somente no Regime interno do STF. O fato é que não havia previsão legal quanto a consequência jurídica em caso de descumprimento, por juízes e tribunais, de decisão lavrada pelo STF nessa modalidade de controle subjetivo. Essa lacuna praticamente esvaziou a necessária segurança jurídica decorrente da inobservância da vinculatividade.

Somente em 1990, com o advento da Lei 8.038 é que essa lacuna experimenta importante avanço, isso até o advento da Lei 8.038/90. Em seus artigos 13 a 18 estabelecia os critérios processuais que poderiam ser utilizados pelos interessados na hipótese de descumprimento da decisão do Supremo.

Com o CPC de 2015, esses artigos foram expressamente revogados. Hoje a regência ocorre pelos art. 988 a 993 dessa lei processual civil, que se aplica inclusive para decisões criminais. Nesse passo a lei trata da vinculatividade tanto no controle abstrato, quanto no concreto, aí incluindo as súmulas vinculantes. É certo, contudo que a vinculatividade das decisões do STF em sede de controle abstrato tem raiz constitucional (102, § 2º), o mesmo em relação às súmulas vinculantes (art. 103-A).

3. VINCULATIVIDADE NO CONTROLE DIFUSO – POSSIBILIDADE DE ABSTRATIVIZAÇÃO

O primeiro apontamento jurídico sobre a possibilidade de abstrativização emana

da tentativa do STF, em tornar vinculante as decisões da Corte, proferidas em sede de Recurso Extraordinário. Essa tentativa ocorreu na Reclamação 4335-5/AC, que teve por objeto o artigo 52, X, da CF. O Ministro Gilmar Mendes investiu para interpretar esse dispositivo conforme a CF, no sentido de o Senado ser apenas notificado de que o Suprema já estabeleceu precedente com sua decisão. Em termos mais precisos: ao Senado não caberia mais a faculdade de suspender a lei declarada inconstitucional recursalmente.

A Reclamação foi rejeitada, por maioria, de modo que remanesce a regra gramatical prevista no citado art. 52, X, CF. Não há se falar, portanto em mutação constitucional, tampouco na instalação da abstrativização no controle difuso.

Por isso se averbou que o berço da vinculatividade é o CPC. Como se trata de regramento novo, certamente deve enfrentar resistências para radicar no sistema de controle difuso entre nós.

É necessário preencher alguns requisitos para que uma decisão do Supremo Tribunal Federal pronunciada em sede de Recurso Extraordinário sirva de modelo para a proteção de interesse das partes, segundo pontua Carina Bellini Cancella (2018).

Aprecia-se que a decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal em âmbito de controle abstrato num Recurso Extraordinário, definida sua extensão poderá ser objeto da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e caberá à Corte Suprema modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A abstrativização do controle difuso está "modificando" a competência do Senado Federal de por meio de resolução, suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, isto é, está atribuindo ao Senado somente o cargo de tornar pública a decisão.

Contudo, Carina Bellini Cancella (2018) esclarece que a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal não representa empecilho para as decisões do Supremo. Trataria de uma complementação e, portanto, deve-se ser conservada a leitura habitual do artigo 52, inciso X da Constituição Federal.

Pode-se dizer que estamos diante de uma unificação do controle misto de constitucionalidade (abstrato e difuso) de normas no que diz respeito à vinculatividade? E surgirá um novo modelo de controle de constitucionalidade? Por hora e lógica interpretativa desta nova tendência descaracterizaria a diferença entre o controle difuso e abstrato de normas, evidenciando não um sistema misto de controle de constitucionalidade, mas sim, um sistema único. Por outro lado, trará celeridade aos processos e eficácia jurisdicional.

4. PRECEDENTES VINCULANTES CONFORME CPC/2015

Fredie Didier (2016, p. 505) conceitua o termo precedente nos seguintes termos:

"*Em sentido lato, o precedente* é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Na verdade, *em sentido estrito*, o *precedente* pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*".

É, portanto, através de uma decisão judicial de um caso concreto que se originam elementos normativos que podem servir como diretriz para julgamentos posteriores em casos análogos. A *ratio decidendi*, assim definida por Fredie Didier (2016, p. 506), é o que tem o caráter obrigatório ou persuasivo, pois são as teses ou princípios jurídicos assentados na motivação do provimento decisório.

Para Eduardo Talamini (2016) quanto ao termo precedente ele faz a seguinte ponderação asseverando que ele já existia há bastante tempo, mas que não era denominado de precedente, considerando os pronunciamentos do STF em controle direto de constitucionalidade. Talamini afirma que essa medida teve surgimento nos anos de 1960 e sua eficácia era erga omnes; e em 1990 foi sedimentado que as decisões em sentido estrito teriam a aplicabilidade do efeito vinculante, bem como nos últimos anos houve uma multiplicação dos mecanismos com tal finalidade e foi desembocando no termo precedente, até corresponder também a "precedentes vinculantes" ou "obrigatórios. Como visto, o que Talamini atribui ao termo precedente é que se originou desde 1960 e foi sedimentado em meados dos anos 1990. Sendo que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novas hipóteses que atribuirão caráter vinculativo com mais ou menos intensidade. O papel que os precedentes têm na *common law* é fruto de seculares tradições. Na *civil law* a primazia é da lei positivada, mas também se constrói através dos valores sociais, políticos, econômicos, culturais existentes na nossa sociedade. O precedente nesse sistema teve seu fortalecimento na Segunda Guerra Mundial e posteriormente foi se expandindo ao longo dos anos.

Já para Fredie Didier (2015, p. 50 e p. 517), existe um "sistema de precedentes" e além de o precedente ser um fato, onde houver uma decisão no âmbito jurídico, este fato acontecerá. Ainda afirma que há precedentes em todo lugar, o que nos faz constatar que a vinculatividade sempre de alguma forma esteve presente na conjectura jurídica brasileira. E explica que o precedente traz consigo a obrigatoriedade, a autoridade vinculante em fatos semelhantes quando forem supervenientes. Ainda afirma que os dispositivos enumerados no art. 927 do CPC tem força vinculante, pois abarcam a *ratio decidendi,* ou seja, abarcam os fundamentos jurídicos que amparam a decisão. Assim, "No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC." (DIDIER, 2016, p. 520)

Portanto nem todos os precedentes terão força vinculante, mas os contidos no

artigo 927 do CPC têm força vinculante e por consequência são obrigatórios. E mais, nem todas as decisões formam precedentes, conforme enunciado n. 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, uma vez que, para se determinar decisão ou situação como precedente, em especial deve estar contido a *ratio decidendi* (DIDIER, 2016, p. 528).

Nesse mesmo sentido, Lenio Streck (2018, p. 24) assinala que o CPC/2015 menciona que juízes e tribunais "observarão" e não que "vincularão" e que se deve atentar ao perigo de o juiz atuar também como "juiz-legislador". Por isso a importância de se verificar a interpretação e os fundamentos jurídicos que levaram à determinada decisão (*ratio decidendi*).

O Código de Processo Civil de 2015 possibilitou a estruturação de um sistema de respeito aos precedentes judiciais. Os artigos 926 e 928 prescrevem aos Tribunais pátrios a incumbência de uniformizar sua jurisprudência, de editarem súmulas em consonância com os seus entendimentos preponderantes, e observarem aquilo que vem discriminado nos cinco incisos do artigo 927.

Para Lenio Streck (2018, p. 21), os doutrinadores propiciaram as bases das teses que dão suporte aos tribunais superiores e por consequência fazem surtir os precedentes, porém demonstra receio sobre o STJ e STF se transformarem em cortes de vértice. Quanto ao surgimento dos precedentes o mesmo faz uma afirmação e crítica aos chamados por ele de *precedentalistas* (2018, p. 114), dizendo que um precedente não surge instantaneamente, requerendo, portanto, fases para encorpar como precedente. A decisão é empregada como precedente conforme atividade reconstrutiva e por consequência, sua recepção, reconstrução e sua execução enquanto precedente é função do tribunal consecutivo. Além disso, foi uma previsão aplicada desde 1960 e leis posteriores. Lenio Streck (2018, p. 117) afirma que a prática de vinculatividade já fora estabelecida, como por exemplo, em sede de recurso especial repetitivo. As teses gerais e abstratas tem a obrigatoriedade de serem aplicadas rapidamente, sendo que sua fixação é consequência imediata dos casos concretos devidamente julgados em vasto contraditório. Portanto, segundo sua abordagem não se pode afirmar que se inaugurou uma nova era de precedentes, uma vez que, ao ler os dispositivos do artigo 927 do CPC/2015, deve-se interpretá-lo à luz da Constituição, não se nivelando a julgamento de litigiosidade recorrente.

Para Eduardo Talamini (2016) não houve um novo modelo de fontes de aplicação no direito, mas sim reflexo de paradigmas que foram paulatinamente se modificando ao longo dos anos. Suas regras que impunham força vinculante a determinados precedentes não distorcem as balizas do direito material. Talamini (2016) ainda aborda que há três diversos significados para o termo "vinculação": vinculação padrão, que é usado para denominar a força persuasiva de um determinado precedente jurisprudencial, contudo há a necessidade de decisões coerentes e harmônicas; vinculação média, que os precedentes e jurisprudências

consolidadas sejam norteadores para que os órgãos judiciais ou da Administração Pública adotem providências de simplificação do procedimento; e por último, a vinculação forte, ou seja, força vinculante em sentido estrito, que é a própria imposição da adoção do pronunciamento na maioria dos casos em que a mesma questão jurídica ocorrer.

Lucas de Araújo Duarte (2016) esclarece que o tribunal poderá recorrer ao seu próprio acervo jurisprudencial para efetivação desse mecanismo.

Na visão de Andreassa Júnior (2015), o CPC/2015 trouxe as seguintes alterações: priorização do mérito, cooperação real entre as partes e o juiz da causa, vasta fundamentação, amplo contraditório, busca efetiva pela conciliação entre as partes litigantes, criação de precedentes e a atribuição de força às partes nos atos do processo. Também faz a seguinte contribuição quanto à importância dessas inovações no CPC: uma delas é o cumprimento do princípio da razoável duração do processo, outra é o respeito ao que fora estabelecido pelo Poder Legislativo, ambas contribuem para a maior efetividade do diploma legal. Outra contribuição é a força atribuída às partes nos atos do processo, enfatizando a possibilidade do negócio processual. Embora dito anteriormente, a menção nos remete a possibilidade de celeridade aos processos que garante efetivamente a aplicação do direito, ou seja, fidelidade ao princípio da razoável duração do processo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada demonstra que a vinculatividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal encontra-se diante de uma nova situação, que é a chamada abstrativização do controle difuso, porém, ainda não há previsão legal ou constitucional que atribua efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões constitucionais proferidas em sede de controle difuso, ou seja, ainda não encontra respaldo consistente na nossa legislação nem entendimento unificado pela Corte Suprema.

Citado exemplo do Recurso Extraordinário, percebe-se que para tutela o direito das partes se faz necessário o preenchimento de alguns requisitos, bem como, a Corte Suprema terá a missão de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Inegável a transformação do papel do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que uma decisão do Supremo Tribunal Federal que declara uma lei inconstitucional seja em controle na esfera de controle abstrato de normas ou controle difuso, seguindo por sua vez, os requisitos analisados, servirão de parâmetro para os demais órgãos jurisdicionais, havendo, portanto, uma unificação de jurisprudências e, por consequência, análises de demandas judiciais com maior rapidez.

No que concerne ao controle de constitucionalidade abstrato de normas verifica-se que o efeito vinculante foi tomando forma e sendo aplicado de forma categórica e

incisiva, bem como, foi o influenciador para a aplicabilidade do efeito vinculante não só na esfera de controle abstrato. Houve ampliação do efeito vinculante nos diversos juízos e tribunais conforme Código de Processo Civil de 2015, cuja origem data de 1960 e leis posteriores e que, portanto, não há um "novo sistema de precedentes" em termos gerais, conforme atribuições dadas pela maioria dos doutrinadores processualistas civis, que ressaltam que, se observados os dispositivos, em especial os artigos 926 e 928 do CPC/2015, haverá relevante melhora na segurança jurídica e celeridade aos processos, até porque, caso não se cumpra a aplicação dos precedentes obrigatórios, temos a Reclamação Constitucional para garantir a autoridade das decisões do STF e STJ.

6. REFERÊNCIA

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. *O controle de constitucionalidade das súmulas vinculantes*. Disponível em:< http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15154>. Acesso em: 20.09.2020.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2020.

CANCELLA, Carina Bellini. *Da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-abstrativizacao-do-controle-difuso-de-constitucionalidade,42397.html. Acesso em: 30 ago. 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I. 22. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil* - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DUARTE, Lucas de Araújo. *Precedentes judiciais e o artigo 927 do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17875. Acesso em: 28 ago. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *STF concede liminar contra decisão de Turma Recursal do Juiz Especial catarinense*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60264. Acesso em: 23 out./2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REIS, Palhares Moreira. *A súmula vinculante: do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Consulex, 2009.

SARAIVA, Editora. *Vade Mecum.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, LENIO LUIZ. *Precedentes judiciais e hermenêutica.* Salvador: JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD. Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?.* Disponível em: < www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 10 ago. 2018.

TALAMINI, Eduardo. *O que são os "precedentes vinculantes" no CPC/15.* Disponível em**:** <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87547/2016_talamini_eduardo_precedentes_vinculantes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10. maio. 2020.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 27.10.2020
Aceito em: 17.12.2020

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

CONCEPÇÕES DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: UM ESTUDO LEGISLATIVO NO MUNICÍPIO DE CIDADE OCIDENTAL, GOIÁS

Conceptions of Inclusive Education and the Constitutional Perspective: A Legislative Study in the Municipality of Cidade Ocidental, Goiás

Andréa Brito de Souza[1]
Adilson Souza Santos[2]

RESUMO

O estudo tem como objetivo apresentar os marcos históricos e legais da educação inclusiva e verificar sua efetividade no município de Cidade Ocidental (GO). À luz dos princípios constitucionais, o estudo destaca a importância da educação como instrumento de valorização das pessoas como cidadãos, com respeito às suas características e necessidades individuais e de aprendizagem e o seu desenvolvimento interpessoal. Conclui que o município atende as diretrizes gerais, embora com limitações.

Palavras-chave: educação inclusiva, perspectiva constitucional, processo legislativo.

ABSTRACT

This study aims to present the historical and legal frameworks of inclusive education and verify its effectiveness in the municipality of Cidade Ocidental (GO). In the light of constitutional principles, the study highlights the importance of education as an instrument for valuing people as citizens, with respect to their individual and learning characteristics and needs and their interpersonal development. It concludes that the municipality meets the general guidelines, although with limitations.

Keywords: *inclusive education, constitutional perspective, legislative process.*

1 Graduação em andamento em Direito. Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro Oeste, UNIDESC, Brasil. Graduação em Administração. Instituto Euro-Americano de Educação, Ciência e Tecnologia, EUROAM, Brasil. Email: andrea@quelemes.com.br.

2 Mestrado em Ciência Política - ênfase em Direitos Humanos, Cidadania e Violência - pelo Centro Universitário Euro Americano de Brasília (2009); Especialização em Direito Público pela Faculdade PROJEÇÃO (2007); Especialização em Direito Penal pela Faculdade Fortium (2009) e em Gestão de Sala de Aula em Nível Superior pelo Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro-Oeste(2015); graduação Superior em Tecnologia em Processamento de Dados pela União Educacional de Brasília (1999) e Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Euro Americano de Brasília (2007); É aluno regular do curso intensivo de posgrado doctorado em Derecho Constitucional na Universidade de Buenos Aires. Atualmente é Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Constitucional, Administrativo e Tributário do curso de Direito do Centro Universitário Unidesc. Também foi Professor de Direito do Trabalho para os cursos de Administração e Ciências Contábeis do mesmo Centro Universitário, bem como Professor da Pós-graduação em Direito e Processo Penal (2014-2016). No presente é professor das cadeiras de Direito Constitucional e Processo Constitucional da Pós Graduação em Direito Público nesta Instituição de Ensino Superior; Professor de Direito Empresarial do ICESP. Técnico do Ministério Público do DF e Territórios, ocupando cargo de Chefia da Divisão de Registro e Controle de Feitos da Coordenadoria das Promotorias de Justiça do Gama. Tem experiência na área de Direito Público, Ciência Política e Direitos Humanos. Membro associado do CONPEDI. Email:adilsants@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Marcos históricos internacionais da educação inclusiva; 3. A constituição brasileira de 1988 sob a perspectiva da educação inclusiva; 4. Processo evolutivo legislativo da educação inclusiva no âmbito federal; 5. Processo evolutivo legislativo da educação inclusiva no âmbito estadual; 6. Processo evolutivo legislativo da educação inclusiva no âmbito municipal; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

SUMMARY: *1. Introduction; 2. International landmarks of inclusive education; 3. The 1988 Brazilian constitution from the perspective of inclusive education; 4. Legislative evolutionary process of inclusive education at federal level; 5. Legislative evolutionary process of inclusive education at state level; 6. Legislative evolutionary process of inclusive education at municipal level; 7. Final considerations; 8. Bibliographic references.*

1. INTRODUÇÃO

A educação inclusiva tem como objetivo garantir o acesso universal à educação, principalmente àqueles que necessitam de atendimento especializado, direito esse resguardado pela Constituição Federal de 1988, que pressupõe a igualdade de oportunidades e a valorização das diferenças, abrangendo as diversidades intelectuais, físicas, sensoriais dos seres humanos.

A educação inclusiva objetiva a transformação da cultura, das práticas e das políticas vigentes nos sistemas de ensino, de modo a garantir o acesso, a participação e a aprendizagem de todos, conforme prevê a Lei 13.146/2015 –Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

O presente estudo tem como objetivo geral apresentar, sob a perspectiva constitucional, a educação inclusiva e descrever como a educação inclusiva está sendo efetivada no município de Cidade Ocidental, Goiás, destacando o seu processo legislativo e aplicabilidade das normas existentes.

Quanto aos objetivos específicos visa pesquisar o cumprimento dos preceitos constitucionais e da Lei Brasileira de Inclusão praticados no município de Cidade Ocidental, Goiás; entender em que aspectos o município desenvolve a educação inclusiva para os docentes e discentes.

O estudo se justifica pela importância da educação como instrumento de valorização das pessoas como cidadãos, com respeito às suas características e necessidades individuais e de aprendizagem e o seu desenvolvimento interpessoal. Justifica-se, ainda, sob o campo científico, na necessidade de estudos que tratem desse tema na região pesquisada, servindo de motivação para que outros pesquisadores possam avançar na compreensão do tema pesquisado.

O fundamento teórico legal encontra-se no artigo 205 da Constituição Brasileira de 1988, que trata da educação especial, com apoio da regulamentação específica - Lei Brasileira de Inclusão nº 13.146/2015, que assegura a promoção da igualdade de

oportunidades, visando a inclusão social e a cidadania. No que concerne ao referencial teórico, a pesquisa tem seu fundamento na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência; na Constituição Federal de 1988; na Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015); bem como nos autores Gabriela Alias (2016); Maria Ângela de Oliveira Champion Barreto (2014); Márcio Martins Bites Lôbo (2016).

O tipo de pesquisa utilizada foi a exploratória e o método de abordagem, o indutivo (MARCONI; LAKATOS, 2010, p. 204). Para esses autores, o método de abordagem caracteriza-se por "uma abordagem mais ampla, em nível de abstração mais elevado, dos fenômenos da natureza e da sociedade" e engloba o indutivo, o dedutivo, o hipotético-dedutivo e o dialético.

A problemática perquirida está delineada no seguinte questionamento: a educação inclusiva no município de Cidade Ocidental, Goiás, atende os preceitos constitucionais e legais da inclusão, no que diz respeito aos docentes e discentes?

É o que se busca responder no decorrer do estudo.

2. MARCOS HISTÓRICOS INTERNACIONAIS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Há mais de quarenta anos, as nações do mundo afirmaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos que "toda pessoa tem direito à educação". Entretanto, apesar dos esforços dos países signatários, ainda persiste uma realidade de exclusão, assinala o preâmbulo da Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Conferência de Jomtien, 1990), que teve como tema central "Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem", e enfatiza o compromisso com a inclusão a fim de superar as disparidades educacionais, desde populações de zona rural, migrantes, povos indígenas, refugiados e pessoas portadoras de deficiências que requerem atenção especial. O texto ainda recomenda a tomada de providências que garantam a igualdade de acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência.

Em 1998, em Salamanca, Espanha, foi publicada a Declaração de Salamanca – Sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais, tendo por princípio e orientação de que escolas deveriam acomodar todas as crianças independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguísticas ou outras.

A Convenção da Guatemala, em 1999, propõe em seu documento a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, documento ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 3.956 de 2001.

Por fim, a Organização das Nações Unidas (ONU) em 2006, publicou a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, na qual enfatiza políticas e práticas voltadas

à educação inclusiva.

3. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 SOB A PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

A Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso IV, preconiza como metas a serem alcançadas, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza ou formas de discriminação e, no art. 6º, anuncia os direitos sociais, dentre eles a educação, aqui entendida como "educação inclusiva", sem preconceitos de qualquer natureza ou formas de discriminação, isonômica. O alcance da educação inclusiva acontece por meio de mecanismos de acesso do educando com necessidades especiais ao ensino regular, direito e garantia fundamental.

O inciso IV do art. 203 da Constituição Federal é expresso ao afirmar:

> "Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;"

Visa priorizar a satisfação de suas necessidades humanas.

Os artigos 205 e 206 da Constituição Federal definem a educação como direito de todos, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, devendo, o ensino, ser ministrado em igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Por fim, o artigo 214 da Constituição Federal, estabelece o plano nacional de educação, de duração plurianual, com ações do poder público local, objetivando:

a) erradicação do analfabetismo;
b) universalização do atendimento escolar;
c) melhoria da qualidade do ensino;
d) formação para o trabalho; e,
e) promoção humanística, científica e tecnológica do País.

4. PROCESSO EVOLUTIVO LEGISLATIVO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ÂMBITO FEDERAL

Acompanhando os movimentos sociais e legais gerados pela Declaração dos Direitos Humanos e em conformidade com a Constituição Federal aprovada em 5 de outubro de 1988, em 13 de julho de 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do

Adolescente (ECA) (Lei 8.069/90), que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Dispõe o Art. 4º do ECA: "*É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação,* ***à educação****, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*".

E o Art. 55: "*Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino*".

Para a efetivação destes direitos inscritos na Constituição Federal e no Estatuto da criança e do Adolescente, em meados da década de noventa, o Ministério da Educação, por meio da Portaria nº 1793, de dezembro de 1994, considerando a necessidade de complementar os currículos de formação de docentes e outros profissionais que interagem com portadores de necessidades especiais, resolve, em seu art. 1º "*recomendar a inclusão de conteúdos relativos aos aspectos éticos, políticos e educacionais da normalização e integração da pessoa portadora de necessidades especiais nos currículos de formação de docentes e outros profissionais que interagem com portadores de necessidades especiais*."

Saliente-se, ainda, que a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (LDB) Lei nº 9394, de 1996, no capítulo que trata da Educação Especial, em seu art. 58, § 2º estabelece que: "*O atendimento deverá ser feito em escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular*."

Em 1999 foi publicado o Decreto n° 3298, de 20 de novembro de 1999, que regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências, com o objetivo de assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais. Define também os conceitos de deficiência, deficiência permanente e incapacidade, conforme descritos abaixo:

> Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se::
> I - Deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;
> II - Deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e
> III - Incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Igualmente a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, em 13 de julho de 2010 publica a Resolução CNE/CEB nº 4, ao definir as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica, aborda a Educação Especial em seu 29, como segue:

> Artigo 29. A Educação Especial, como modalidade transversal a todos os níveis, etapas e modalidades de ensino, é parte integrante da educação regular, devendo ser prevista no projeto político-pedagógico da unidade escolar.
> § 1º Os sistemas de ensino devem matricular os estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas classes comuns do ensino regular e no Atendimento Educacional Especializado (AEE), complementar ou suplementar à escolarização, ofertado em salas de recursos multifuncionais ou em centros de AEE da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos.
> § 2º Os sistemas e as escolas devem criar condições para que o professor da classe comum possa explorar as potencialidades de todos os estudantes, adotando uma pedagogia dialógica, interativa, interdisciplinar e inclusiva e, na interface, o professor do AEE deve identificar habilidades e necessidades dos estudantes, organizar e orientar sobre os serviços e recursos pedagógicos e de acessibilidade para a participação e aprendizagem dos estudantes.
> § 3º Na organização desta modalidade, os sistemas de ensino devem observar as seguintes orientações fundamentais:
> I - o pleno acesso e a efetiva participação dos estudantes no ensino regular;
> II - a oferta do atendimento educacional especializado;
> III - a formação de professores para o AEE e para o desenvolvimento de práticas educacionais inclusivas;
> IV - a participação da comunidade escolar;
> V - a acessibilidade arquitetônica, nas comunicações e informações, nos mobiliários e equipamentos e nos transportes;
> VI - a articulação das políticas públicas intersetoriais.

Em 25 de junho de 2014, por meio da Lei nº 13.005 é aprovado o Plano Nacional de Educação - PNE, com vigência por 10 (dez) anos, com vistas ao cumprimento do disposto no artigo 214 da Constituição Federal. Em seu art. 8º estabelece que os estados federados deverão elaborar seus respectivos planos de educação, os quais deverão estabelecer estratégias que "*§ 1º [...] III - garantam o atendimento das necessidades específicas na educação especial, assegurado o sistema educacional inclusivo em todos os níveis, etapas e modalidades.*"

Em 2015, é aprovada a Lei nº 13.146, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

O processo evolutivo legislativo tratado em âmbito Federal se amplia

concomitantemente ao âmbito Estadual, no que diz respeito às tratativas legais da educação especial e suas diretrizes nacionais visando à construção de um mundo melhor para todos. A educação escolar tem uma tarefa clara em relação à diversidade humana, tendo por objetivo assegurar uma boa escola para todos, empreendendo as transformações necessárias para que essa educação inclusiva se torne realidade nas escolas brasileiras, conforme palavras de Paulo Renato Souza (sítio: inep.gov.br, 03/10/2020).

Em 30 de setembro de 2020 é publicado o Decreto n. 10502, que Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Em relação à educação especial, assim a define:

> Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:
> I - educação especial - modalidade de educação escolar oferecida, preferencialmente, na rede regular de ensino aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação;
> VI - escolas especializadas - instituições de ensino planejadas para o atendimento educacional aos educandos da educação especial que não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas e que apresentam demanda por apoios múltiplos e contínuos;
> X - escolas regulares inclusivas - instituições de ensino que oferecem atendimento educacional especializado aos educandos da educação especial em classes regulares, classes especializadas ou salas de recursos; [...].

O referido texto normativo nasceu com a perspectiva de atualizar a Política Nacional de Educação Especial de forma equitativa, inclusiva e com aprendizado ao longo da vida, o que já é preconizado no cenário internacional, por meio dos principais documentos normativos relacionados aos direitos do homem, cujo conteúdo é aceito pela maioria dos países. Nesse sentido, revela-se a importância dos organismos internacionais, como: Organização das Nações Unidas (ONU), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) e Organização dos Estados Americanos (OEA), no que se refere um novo modelo de educação que se volte para a escola integradora e para uma sociedade que respeite as diferenças, deixando para trás as variadas formas de discriminação contra as pessoas com deficiência.

5. PROCESSO EVOLUTIVO LEGISLATIVO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ÂMBITO ESTADUAL

O Estado se apresenta como uma organização denominada sociedade política. Nessa sociedade, existem normas jurídicas escritas (Constituição Federal, Código Civil,

Código Penal, Código de Defesa do Consumidor, etc.), e também uma hierarquia entre os governantes e governados, todos sujeitos a buscar o atingimento aos interesses públicos, sendo exemplos a prestação dos serviços de saúde, educação, justiça e defesa nacional.

No contexto da legislação Estadual é possível observar a preocupação no cumprimento de metas e objetivos traçados pela Constituição Federal no que diz respeito ao ensino especial.

No estado de Goiás, em 1988, por meio do Decreto nº 2.886 foi regulamentada a Secretaria de Educação deste ente federativo, em que cria atribuições específicas ao Superintendente de Ensino Especial, tendo como um de seus objetivos a promoção a integração do "excepcional", leia-se especial, na família, na escola, no trabalho e na sociedade.

Em 2015, o Governo de Goiás através da Lei 18.969 aprovou o Plano Estadual de Educação, em que traça planos em colaboração com os Governos municipais de educação tendo por objetivo metas e estratégias que atenda às necessidades especiais das populações do campo e das comunidades indígenas e quilombolas, asseguradas a equidade educacional e a diversidade cultural de forma a garantir o atendimento das necessidades específicas da educação especial, assegurado o sistema educacional inclusivo em todos os níveis.

A Lei Complementar nº 119 do ano de 2015, estabelece as diretrizes e bases do Sistema Educativo do Estado de Goiás. Entende que o educando com deficiência são todas as crianças, jovens e adultos cujas necessidades de educação especial decorra de suas características peculiares ou de suas dificuldades de aprendizagem, permanentes ou transitórias.

Por meio do Decreto nº 9.587 de 2019, a Secretaria Estadual de Educação institui e regulamenta a Gerência de Educação Especial do Estado, a qual compete coordenar as ações dos profissionais de educação; promover o acesso, permanência e progresso de todos os estudantes que necessitam de atendimento educacional especializado.

Nesse sentido, a missão do Estado dentro desse processo legislativo é criar condições para que as ações efetuadas por ele sejam mais efetivas no que se refere a educação inclusiva.

Observa-se a importância da ação dos Estados no cumprimento dos planos voltados ao ensino, quando se percebe a dimensão do território nacional e suas especificidades em cada região, tornando indispensável a colaboração de cada uma das esferas relacionadas à educação inclusiva com as suas competências delineadas pelos entes federativos, como União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

6. PROCESSO EVOLUTIVO LEGISLATIVO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ÂMBITO MUNICIPAL

Com objetivo de dar cumprimento às normas legais estabelecidas no âmbito federal e estadual, em especial a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira nº 9.394/1996, o município de Cidade Ocidental por meio da Resolução do Conselho Municipal de Educação nº 18 de 2013, estabeleceu normas e parâmetros para a educação inclusiva no sistema municipal de ensino, definindo a Educação Inclusiva como parte integrante da educação regular, onde considera aluno com necessidades educacionais especiais, decorrentes de fatores inatos ou adquiridos, e que apresentam limitações no processo de desenvolvimento e/ou dificuldades de aprendizagem não vinculada a uma causa orgânica específica, algum tipo de limitação física, síndromes neurológicas, psiquiátricas e de quadros psicológicos graves, algum tipo de comunicação e sinalização e altas habilidades/superdotação.

No ano de 2014, sob a perspectiva legislativa, por meio da Resolução nº 001 do Conselho Municipal de Educação de Cidade Ocidental, alterou e acrescentou a redação das normas e parâmetros para a educação inclusiva no sistema municipal de ensino, em que a avaliação deve ser realizada por equipe multiprofissional ou professor de atendimento especializado em sala de atendimento educacional especializado (AEE).

A Prefeitura Municipal de Cidade Ocidental no ano de 2015, publicou a Lei Ordinária nº 975 – Plano Municipal de Educação para o decênio de 2015-2025. Descreve como meta a universalização e ampliação da oferta da educação infantil, em seguida propõe por estratégia fomentar o atendimento das populações do campo, dos quilombolas e itinerantes. também, visa garantir o acesso e fomentar a oferta do atendimento educacional especializado complementar e suplementar aos alunos com necessidade educacionais especiais, com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades, dentre outras metas e estratégias descrita no documento legal.

No que se refere ao objeto do estudo, foi constatado que há 1 (um) Centro Municipal de Atendimento Educacional Especializado para atendimento multiprofissional às diversas deficiências e necessidades especiais. Está localizado na área central do Município e, além da região central, atende os 20 (vinte) bairros existentes, totalizando 21 (vinte e uma) escolas municipais. Dessas escolas, segundo informações contidas no sítio institucional do município, todas atendem alunos com algum tipo de deficiência ou necessidade especial.

Conforme dados do IBGE (2020), a população estimada do município de Cidade Ocidental, Goiás, é de 72.890 pessoas; taxa de escolarização de 6 a 14 anos de idade: 97,2% [2010]; 11.152 matrículas no ensino fundamental; 2.496 matrículas no ensino médio; 467

docentes do ensino fundamental; 119 docentes do ensino médio; 30 estabelecimentos do ensino fundamental e 8 estabelecimentos de ensino médio.

Na rede municipal de ensino, conforme pesquisa na base de dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, Ministério da Educação havia, em 2019, um total de 10.436 (dez mil, quatrocentos e trinta e seis) alunos, distribuídos entre educação infantil e ensino fundamental. E, destes alunos havia um total de 457 (quatrocentos e cinquenta e sete) alunos matriculados nessa especificidade, distribuídos entre a educação infantil e ensino fundamental.

Conforme informações obtidas junto no portal do INEP, na base de dados do Censo Escolar, são identificados os seguintes tipos de deficiência: "baixa visão, cegueira, deficiência auditiva, deficiência física, deficiência intelectual, surdez e surdocegueira. Além dessas deficiências, também são coletadas as informações de transtorno do espectro autista (TEA) e altas habilidades/superdotação. Cabe destacar que a deficiência múltipla é o resultado da associação entre duas ou mais deficiências". (BRASIL, 2020).

Como destacado anteriormente, na Cidade Ocidental existe apenas um único Centro de Atendimento Multidisciplinar, o que prejudica sua eficiência, pela longa distância que os alunos precisam percorrer para receber o atendimento, pois vários deles necessitam de acompanhamento e transporte adaptado, podendo com isso prejudicar o atendimento adequado para seu desenvolvimento educacional, cognitivo e social.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perspectiva da educação inclusiva aqui estudada teve sua trajetória firmada na Constituição Federal de 1988, transpassando pelas normativas internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração de Salamanca e a Convenção da Organização das Nações Unidas, as quais enfatizam as políticas e práticas educativas para educação inclusiva. No âmbito nacional, teve seu curso estabelecido pela Lei Brasileira de inclusão.

Sob o aspecto dos objetivos específicos, conseguiu-se verificar o cumprimento das normativas constitucionais seguidas pelo município Cidade Ocidental, Goiás, no que diz respeito à educação inclusiva.

Sob o enfoque do objetivo geral, foi possível constatar a farta legislação que trata do tema educação inclusiva, tanto sob a perspectiva constitucional/federal, estadual, quanto do poder público municipal relacionado ao município de Cidade Ocidental, Goiás, bem como a existência de 01 (um) Centro Municipal de Atendimento Educacional Especializado para atendimento Multiprofissional às diversas deficiências e necessidades especiais. Entretanto, considerando o número de alunos matriculados na rede municipal

e público alvo, observa-se que há pontos que ainda precisam de maiores esclarecimentos a respeito da execução e alcance territorial local da educação inclusiva, referente aos docentes e discentes como o cumprimento da legislação com a implantação de um único Centro de Atendimento na região central do município. Outro ponto, relaciona-se à distância a ser percorrida por discentes e docentes até o centro de referência e escolas com atendimento especializado.

8. REFERÊNCIAS

ALIAS, Gabriela. Desenvolvimento da aprendizagem na Educação Especial – Princípios, fundamentos e procedimentos na Educação Inclusiva [recurso eletrônico]. – São Paulo: Cengage, 2016.

BARRETO, Maria Ângela de Oliveira Champion; BARRETO, Flávia de Oliveira Champion. Educação inclusiva: contexto social e histórico, análise das deficiências e uso das tecnologias no processo de ensino-aprendizagem. São Paulo: Érica, 2014.

BOF, Milena Dartora. O que é Estado? Entenda a constituição da sociedade política. Disponível em: <https://www.politize.com.br/estado-o-que-e>. Acesso em 1 março 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

_____. Lei 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n. 186 de 2008.

_____. IBGE. https://cidades.ibge.gov.br/brasil/go/cidade-ocidental/panorama. Acesso em 10 de novembro de 2020.

_____. Ministério da Educação. Portaria n. 1.793, de dezembro de 1994.

_____. Ministério da Educação. Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

_____. Ministério da Educação. Decreto n. 3298/99 – Política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência.

_____. Ministério da Educação. Resolução n. 4/99 – Conselho Nacional de Educação.

_____. Ministério da Educação. Parecer n. 9/2001 - Conselho Nacional de Educação.

_____. Ministério da Educação. Parecer n. 17/2001 – Conselho Nacional de Educação.

_____. Ministério da Educação. Lei 10436/2002 – Dispõe sobre a língua brasileira de sinais.

_____. Ministério da Educação. Portaria n. 2678/2002 – Projeto da grafia braile para a língua portuguesa.

_____. Ministério da Educação. Portaria n. 3284/2003 – Dispõe sobre os requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência em instituições de ensino superior.

_____. Ministério da Educação. Lei n. 11096/2005 – Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI.

_____. Ministério da Educação. Decreto nº 6094/2007 – Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas, Compromisso Todos pela Educação.

_____. Ministério da Educação. Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009.

_____. Ministério da Educação. Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011.

_____. Ministério da Educação. Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011.

_____. Ministério da Educação. Decreto nº 7.750, de 8 de junho de 2012.

_____. Ministério da Educação. Lei nº 13.005, de 25 de julho de 2014.

_____. Ministério da Educação. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

_____. Ministério da Educação. Diretrizes nacionais para a educação especial na educação básica. 2001.

_____. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP. Diretoria de Estatísticas Educacionais - DEED. Resumo Técnico do Estado de Goiás. Censo da Educação Básica 2019.

_____. Ministério da Educação. INEP/DEED - Disponível em: <https://inepdata.inep.gov.br/analytics/saw.dll?PortalGo>. Acesso em: 11 março 2020.

_____. Ministério da Educação. INEP/DEED - Disponível em: <https://inepdata.inep.gov.br/>. Acesso em: 11 março 2020.

_____. Ministério da Educação. INEP - Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/resultados-e-resumos. >. Acesso em: 03 outubro 2020.

BUENO, Silveira. Minidicionário da língua portuguesa. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

CONVENÇÃO DA GUATEMALA. 1999.

DEED/INEP/MEC - Disponível em: <http://200.130.24.31:9076/analytics>. Acesso em: 03 março 2020.

GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS. Decreto nº 2.886, de 26 de janeiro de 1988.

GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS. Lei nº 18.969, de 22 de julho de 2015.

GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS. Lei Complementar nº 119, de 14 de dezembro de 2015.

GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS. Decreto nº 9.587, de 26 de dezembro 2019.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. – 1. ed. – São Paulo: Atlas 2003.

LAKATOS, Eva Maria. Marconi, Marian de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. – 8. Ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

LÔBO, Márcio Martins Bites. Lei Brasileira de Inclusão – Análise da construção da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146, de 2015. Brasília-DF, 2016, 63 p. (Monografia apresentada a Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas para obtenção do título de Bacharel em Gestão de Políticas Públicas.

LOURENÇO, Érika. Conceitos e práticas para refletir sobre a educação inclusiva / Érika Lourenço. --Belo Horizonte: Autêntica Editora; Ouro Preto, MG: UFOP, 2010.

MITTLER, Peter. Educação inclusiva [recurso eletrônico] / Peter Mittler; tradução Windyz Brazão Ferreira. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2007.

ONU. Declaração de Salamanca. Espanha. 1998.

POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL NA PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA: Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria nº 555/2007, prorrogada pela Portaria nº 948/2007, entregue ao Ministro da Educação em 07 de janeiro de 2008.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CIDADE OCIDENTAL. Secretaria de Educação e Cultura. Conselho Municipal de Educação. Resolução CME nº 018, de 6 de dezembro de 2013.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CIDADE OCIDENTAL. Secretaria de Educação e Cultura. Conselho Municipal de Educação. Resolução CME nº 001, de 21 de fevereiro de 2014.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CIDADE OCIDENTAL. Secretaria de Educação e Cultura. Lei nº 975, de 15 de setembro de 2015.

UNESCO. Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. Jomtien, 1990.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em 22. 09.2020
Aceito em: 20.01.2021

A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DOS CONSUMIDORES AUTISTAS

The importance of the judicial process for the effectiveness of contractual relationships by autistic consumers

Fabiane Feltrin dos Anjos[1]
Ademos Alves da Silva Junior[2]

RESUMO

O artigo objetiva analisar a efetividade das políticas públicas existentes no Brasil voltadas às pessoas com TEA – Transtorno do Espectro Autista, e, estabelecer a importância da tutela judicial para a solução de conflitos existentes. Como metodologia foi adotada a pesquisa bibliográfica e estudo da Constituição Federal de 1988 e leis específicas como a lei nº 12.764/2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), instituído pela Lei 13.146/2015. Em razão do cenário que vivenciamos, nota-se que autistas que dependem da rede pública de saúde sofrem com a precariedade do sistema fornecido, e, por outro lado, aqueles que possuem condições de custear um plano privado de saúde, não muito obstante, têm que recorrer à justiça para de fato terem acesso ao que foi acordado no contrato.

Palavras-chave

Transtorno do espectro autista, acesso à saúde, processo judicial, planos de saúde.

ABSTRACT

This article aims to analyze the effectiveness of existing public policies in Brazil aimed at people with ASD – Autistic Spectrum Disorder, and to establish the importance of judicial protection for the resolution of existing conflicts. As a methodology, bibliographic research was carried out, as well as a study of the 1988 Federal Constitution and specific laws such as Law No. 12,764 / 2012, which institutes the National Policy for the Protection of the Rights of the Person with Autism Spectrum Disorder, and the Statute for the Person with Disabilities, also known as the Brazilian Law for the Inclusion of the Person with Disabilities (LBI), established by Law 13.146 / 2015. Due to the real-life scenario experienced, it is noted that autistic patients who depend on the public health network suffer from the precariousness of the system provided, and, on the other hand, those who are able to afford a private health plan, notwithstanding, have to go to court to actually have access to what was agreed in the contract.

Keywords

Autistic spectrum disorder, access to health, judicial process, health plans.

1 Acadêmica do Curso de Direito da UNIGRAN; e-mail: fabyane.feltrin@hotmail.com

2 Bacharel em Direito (Unigran); pós-graduado em Direito Processual Civil (Unama/LFG); Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania (UNIPAR); Doutorando em Direito (UNIMAR); Advogado; Professor de Direito Empresarial – UNIGRAN; e-mail: ademos.jr@uol.com.br

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Considerações gerais sobre o Autismo; 3 A evolução dos direitos das pessoas com deficiência na legislação brasileira; 4. O tratamento do autismo na rede pública de saúde; 5 Operadoras privadas de saúde x Cobertura de tratamento para o autismo; 6. Da aplicação das tutelas de urgência e evidência; 7 Conclusão; 8 Referências.

SUMMARY: *1. Introduction; 2. General considerations about Autism; 3. The evolution of the rights of people with disabilities in Brazilian legislation; 4. The treatment of autism in the public health system; 5. Private health operators x Treatment coverage for autism; 6. Of the application of urgency and evidence measures; 7. Conclusion; 8. References.*

1. INTRODUÇÃO

O autismo, também conhecido como TEA (Transtorno do Espectro Autista), é um transtorno global do desenvolvimento (TGD). Clinicamente não é considerado uma doença e sim uma síndrome, podendo ser percebida na primeira infância, em especial antes dos três anos de idade, e sua maior incidência notoriamente dá-se em indivíduos do sexo masculino. O diagnóstico precoce é fundamental, pois é na fase da primeira infância que a criança desenvolve suas habilidades psicomotoras e sensoriais.

Todavia, aí é que reside o problema. Ao receber o diagnóstico de TEA, é comum famílias iniciarem uma verdadeira maratona para obterem o tratamento multidisciplinar adequado, seja na esfera pública ou privada. Por um lado, têm-se a carência do sistema de saúde público pátrio que, por problemas financeiros e administrativos, não consegue fornecer um tratamento digno de saúde à população que dele necessita e, por outro lado, temos os convênios privados de saúde que, comumente tentam se esquivar das responsabilidades em razão dos custos para o tratamento. Assim, pertinente a questão: qual o direito e quais as vias adequadas para garantir a tutela jurisdicional relacionada a esses problemas?

Este artigo visa contribuir de forma objetiva sobre o tema analisando, em especial, a lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a lei 12.764/12, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da pessoa com Transtorno do Espectro Autista e demonstrar a importância da tutela judicial para a solução de conflitos que possam surgir.

Inicialmente é apresentado uma breve análise histórica acerca da síndrome de Autismo e principais autores que tratam do tema. Na sequência, é feita a abordagem sobre a evolução dos direitos das pessoas com deficiência na legislação brasileira, em especial os autistas. É notório que o aparato Estatal é falho em relação à assistência pública de acesso à saúde, mesmo sendo essa uma premissa Constitucional. Em alguns casos, a própria Constituição autoriza que o Estado, quando não conseguir cumprir com seu papel garantidor, firmar convênio com pessoas jurídicas de direito privado na tentativa

de amenizar a falta de locais de atendimento e de profissionais habilitados. Muitas vezes esses serviços não oferecem a qualidade pactuada com o ente público.

O terceiro tópico aborda os conflitos decorrentes da relação jurídica contratual entre os consumidores autistas e as operadoras privadas de saúde. Afinal, princípios basilares do direito, tais como o "pacta sunt servanda", o princípio da boa-fé e aqueles advindos do Código do Consumidor e do Código Civil, devem ser respeitados nas relações contratualistas.

O tópico quarto discorre sobre a possibilidade da aplicação da tutela de urgência e da evidência para fins de celeridade processual. Eventual demora na decisão judicial pode vir a causar um dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado

Importante dizer que a síndrome de TEA não está associada a um retardo mental, e que até o momento não se encontrou a cura definitiva. Por um lado, o Estado não consegue atender eficazmente essa demanda, e, por outro, as empresas privadas de plano de saúde tentam se esquivar da responsabilidade contratual em razão dos custos desse tratamento. Daí a necessidade de inclusão social e do tratamento médico, que são imprescindíveis para o desenvolvimento social e intelectual deste indivíduo.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O AUTISMO

O nome técnico oficial utilizado para descrever a síndrome de autismo é TEA-Transtorno do Espectro Autista. Trata-se de uma disfunção no cérebro, cuja consequência pode desencadear uma desordem em seu funcionamento e, assim, acarretar déficits na interação social, comunicacional e comportamental. Apresenta-se em graus, quais sejam o grau leve, moderado e severo.

Embora os estudos a respeito do tema descrevam de forma minuciosa quais os comportamentos típicos e determinantes, curiosamente o autismo irá desenvolver-se de maneira única e diferente em cada indivíduo. Há desde aqueles que apresentam um grau profundo de acometimento, apresentando significativos déficits na área da comunicação e da interação social, como há aqueles que apresentam um grau mais leve, mas que, igualmente devem ser assistidos por uma equipe de médicos profissionais especializados na área.

Importante salientar que, independentemente do grau diagnosticado de autismo, o tratamento faz-se sempre necessário, pois é preciso desenvolver as habilidades ao longo de certo período, já que o autista, na maioria das vezes, pode responder positivamente em relação à estímulos externos e, assim obter uma melhor qualidade de vida futura.

Oportunamente, podemos mencionar as palavras de Ana Beatriz B. Silva et al:3 "Pessoas com autismo apresentam dificuldades na socialização, com variados níveis de gravidade. Existem crianças com problemas mais severos, que praticamente se isolam em um mundo impenetrável; outras que não conseguem se socializar com ninguém; e aquelas que apresentam dificuldades mais sutis, quase imperceptíveis [...]. Estas últimas não fecham diagnóstico, mas suas pequenas dificuldades também devem ser tratadas".

Todavia, nota-se que a maioria das demandas judiciais que envolvem consumidores autistas está relacionada ao fato de que as operadoras de planos de saúde privada, negam a cobertura total ou parcial do tratamento, sob o argumento de que o tratamento não está no rol da ANS, (Agência Nacional de Saúde) ou que não consta no contrato tal cobertura.

Contudo, esses argumentos são incongruentes se levado em consideração alguns entendimentos jurisprudenciais, pois, limitam o pleno acesso do paciente ao tratamento adequado e, sendo, dessa forma, considerados abusivos, devem ser avaliados como nulos de pleno direito.

3. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA LEGISLAÇAO BRASILEIRA.

Importante se faz destacar a Emenda Constitucional 45/2004, que teve grande relevância para as lutas sociais dos portadores de TEA. O Brasil ao recepcionar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência realizada pela ONU (Organização das Nações Unidas) teve que adequar o ordenamento jurídico interno, de forma a recepcionar este tratado, e as pessoas com deficiência passaram a ter uma proteção Constitucional. Nesse sentido, Ademos Alves da Silva Junior [4] explica que o Brasil ao realizar a incorporação da Convenção da ONU sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, trouxe para o seu ordenamento jurídico, uma obrigação de adequação de todo o conjunto de normas e leis para atender e respeitar esse grupo de pessoas.

Em razão da EC 45/2004, foi criada em 06 de julho de 2015, a Lei nº 13.146[5], conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei da Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI). Em seus artigos 1º e 2º, preceituou-se que:

> *Art. 1º- É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos*

3 SILVA, Ana Beatriz B.et. al. Mundo singular: Entenda o autismo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.22.

4 SILVA JUNIOR, Ademos Alves da; O processo judicial e a proteção dos direitos dos autistas. Bauru, SP: Spessoto, 2019.p.10.

5 BRASIL, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13.146.htm.Acessoem 15/03/2020.

> *e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.*
> *Art. 2º- Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.*

Dessa forma, é possível perceber que o conceito de deficiência passou a ser mais abrangente e que, quando necessário, deverá ser feito uma avaliação médica multiprofissional para analisar o grau de acometimento social da síndrome de autismo. Nos artigos posteriores, o legislador destaca o direito de igualdade de oportunidades, assim como frisa o dever do Estado, da sociedade e da família, assegurar a pessoa com deficiência, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à profissionalização, dentre outros.

Os artigos 20° ao 24° do Estatuto da Pessoa com Deficiência disciplinam as relações contratuais de planos de saúde. "As pessoas com deficiência devem ter assegurado o acesso a esse serviço privado, e, principalmente ter suas especificidades respeitadas e acolhidas pelos respectivos entes de direito privado."[6]

Outra importante lei a ser mencionada é a Lei º 12.764[7], de 27 de dezembro de 2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Cabe destacar que esta lei foi batizada como "Lei Berenice Piana" em homenagem a uma mãe de um autista, que é ativista dos direitos das pessoas com autismo. Em outras palavras ela foi criada para oferecer um maior amparo legal ao portador de TEA e incluí-los na classe de pessoas deficientes para todos os efeitos legais. O artigo 1º, § 1º e § 2ºtraz a seguinte redação, *in verbis*: [8]

> *Art. 1º [...] § 1º Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:*
> *I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;*
> *II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.*
> *§ 2º A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.*

6 SILVA JUNIOR, Ademos Alves da; O processo judicial e a proteção dos direitos dos autistas.p.16.

7 Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 15/03/2020.

8 Ibid., art. 1º, § 1º e § 2º.

No artigo 3º, do mesmo texto legal segue sua disciplina referente aos direitos e garantias fundamentais da pessoa com TEA. Dentre os direitos elencados destacam-se: [9]

> *Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:*
> *I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;*
> *II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;*
> *III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:*
> *a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;*
> *b) o atendimento multiprofissional;*
> *c) a nutrição adequada e a terapia nutricional*

Muito embora o texto de lei represente um avanço em relação aos direitos dos autistas, a crítica que se faz é em relação a necessidade de ter que normatizar direitos que são básicos e inerentes aos seres humanos, tais como os de serem considerados com sujeitos de direito para todos os fins, ou que lhes seja assegurado os direitos à educação, à moradia, ao ensino profissionalizante, etc. Enfim, são direitos básicos de qualquer cidadão, porém foi necessário reafirmar tais direitos através da criação das Leis supramencionadas, a fim de que, o autista venha a ser respeitado e protegido de qualquer abuso ou discriminação.

Nas palavras de Sílvia Ester Orrú[10]: "Um ponto importante a ser frisado é que os sistemas de ensino e as avaliações precisam ser repensados, pois, em uma visão inclusiva, as avaliações não devem priorizar o número de respostas certas e, sim, o desenvolvimento da aprendizagem do aluno, respeitando seus limites."

Ainda referente à educação, a referida lei menciona que o autista tem direito de estudar e frequentar o ensino regular, seja na educação básica ou profissionalizante e, se o caso necessitar, pode requerer um acompanhante que tenha especialização em educação especial. Silva et al[11] apresentam os seguintes ensinamentos: "Para crianças com autismo clássico, isto é, aquelas crianças que têm maiores dificuldades de socialização, comprometimento na linguagem e comportamentos repetitivos, fica clara a necessidade de atenção individualizada. Essas crianças já começam a vida escolar com o diagnóstico, e as estratégias individualizadas vão surgindo naturalmente".

Silvia Ester Orrú[12]apresenta as seguintes pontuações: "A inclusão do autista não é tão somente um direito que precisa ser conquistado. É necessário também que os pais

9 Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 15/03/2020.

10 ORRÚ, Silvia Ester. Autismo: o que os pais devem saber? 2.ed. Rio de Janeiro: Wak editora, 2011.p.78.

11 SILVA, Ana Beatriz B. et al. Mundo singular: Entenda o autismo. p109.

12 ORRÚ, Silvia Ester. Autismo: o que os pais devem saber? 2. ed. Rio de Janeiro: Wak editora, 2011. p.28.

e os professores percebam a importância da convivência dessa criança junto a outras sem a síndrome, pois irá beneficiá-la e muito, já que ela não necessita da segregação social e sim das relações sociais que irão ser assim estabelecidas. Isso de fato, trará um melhor aprendizado que jamais experimentaria se estivesse segregada em uma instituição especializada".

A inclusão dos autistas sem dúvida trouxe um grande avanço para a área psíquica e intelectual destes. Não há mais que se falar em segregação social, uma vez que o direito saúde não implica somente ao acesso a vias medicamentosas e, sim, refere-se à saúde física e mental, que vai desde o acesso a medicina preventiva, até as garantias de acesso à alimentação saudável, como por exemplo, acesso à campanhas de vacinação, condições dignas de moradias e acesso ao mercado de trabalho, dentre outras.

Embora o Estado possua essa premissa de ser garantidor da saúde pública, na prática não é o que vislumbramos. O contribuinte suporta uma grande carga tributária e não vê suas contribuições serem revertidas em prol da saúde pública de maneira satisfatória. Nesse cenário, aqueles que possuem melhores condições financeiras optam por contratações de planos de saúde com as redes privadas, enquanto aqueles que não podem contratar, ficam sujeitos apenas à rede de saúde pública, muitas vezes, precária.

4. O TRATAMENTO DO AUTISMO NA REDE PUBLICA DE SAÚDE

Conforme explica a Cartilha Entendendo o SUS,[13] os recursos financeiros do Sistema único de Saúde são assim geridos: "A União é o principal financiador da saúde pública no país. Historicamente, metade dos gastos é feita pelo governo federal, a outra metade fica por conta dos estados e municípios. A União formula políticas nacionais, mas a implementação é feita por seus parceiros (estados, municípios, ONGs e iniciativa privada)".

Entre as várias dificuldades encontradas no percurso do tratamento, nota-se que o diagnóstico continua sendo a dificuldade inicial vivenciada pelas famílias. Existe na rede de saúde pública uma escassez de médicos capacitados e que tenham experiências no tratamento do autismo. A falta de neurologistas e psiquiatras na rede pública é a mais percebida atualmente.

A recomendação do SUS é que esses pacientes sejam encaminhados aos Centros de Apoio Psicossocial Adulto e Infantil (CAPS E CAPSi)[14]. A crítica que se faz é que, além de oferecer apenas uma sessão de terapia semanal em grupo, não raro, os pacientes com

13 BRASIL. Ministério da Saúde. Cartilha entendo o SUS/2007.Disponível em:http://www.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf. Acesso em 21/06/2020

14 Centros de Apoio Psicossocial Adulto e Infantil.

TEA são atendidos juntamente com outros indivíduos que possuem outras patologias como esquizofrenia ou até mesmo dependentes químicos. Tais convivências podem trazer consequências desastrosas, uma vez que os autistas aprendem por repetições, e, dessa forma devem se espelhar em indivíduos típicos para que não desenvolva comportamentos inadequados.

Em consonância com o art. 2º da Lei 12.764/12 "para cumprimento das diretrizes de que trata esse artigo, o poder público poderá firmar contrato de direito público ou convênio com pessoas jurídicas de direito privado"[15].

No mesmo norte, o art. 198 da Constituição Federal de 1988, dispõe que:

> *Art. 198- São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*

Desta forma, em detrimento da previsão do art. 2º da lei supracitada e do artigo Constitucional mencionado, o Poder Público pode firmar convênios com pessoas jurídicas de direito privado, delegando à este a prestação do serviço que não dispõe na sua rede, ficando incumbido de fiscalizar e regulamentar, permanecendo, no entanto, com a responsabilidade administrativa, exercendo, então, o seu poder de polícia.

Nesse norte, discorrem sobre o tema Renata Flores Tibyriçá e Maia Eloisa D'Antino Famá:[16] "A política pública carece, também, de mecanismos eficientes de controle, sem que o atendimento aos autistas, seja por meio de convênio ou contrato de direito público com pessoas jurídicas de direito privado, seja comprometido, trazendo todas as desvantagens que modelo inicialmente pretendia superar".

Assim, como o Estado não consegue prover eficazmente às garantias relativas à saúde, em especial às referente aos autistas, há previsões expressas no sentido de que ele realize parcerias com pessoas jurídicas de direito privado. No entanto, deve exercer seu papel de polícia ao fiscalizar os serviços prestados, a fim de oferecer um tratamento adequado. Um exemplo disso seria estabelecer um padrão mínimo de atendimento prestado por estas instituições, além de fixar reajustes financeiros anuais, de forma a estimular uma melhor prestação de serviços.

15 Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 15/03/2020.

16 TIBYRIÇÁ FLORES, Renata; D'ANTINO FAMÁ, Maria Eloisa. Direitos das Pessoas com Autismo: Comentários interdisciplinares à Lei 12/764/12. São Paulo: Memmom edições cientificas, 2018.p.209.

Por conseguinte, como o exposto acima não ocorre como deveria, no caso de litígios entre pessoas privadas e as contratadas de plano de saúde, o poder judiciário mostra-se como uma importante ferramenta para tutelar a afetiva proteção para o direito fundamental à saúde.

5. OPERADORAS PRIVADAS DE SAÚDE X COBERTURA DO TRATAMENTO PARA O AUTISMO

De acordo com o art. 3º, inciso III, alínea "b", da Lei Berenice Piana, lei 12/764/12, "[...] são direitos da pessoa com transtorno do espectro autista o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:[...] b) o atendimento multiprofissional"[17].

Sobre o tema, leciona Ademos Alves da silva Junior[18] que apesar de tratar-se de uma síndrome sem cura, o tratamento adequado e precoce na área comportamental, traz ao paciente com TEA grande oportunidade de avanço com vistas e enquadramento no denominado padrão típico ou adequado.

De forma específica o art. 5º da lei 12/764/12 dispõe: "Art. 5º. A pessoa com transtorno do espectro autista não será impedida de participar de planos privados de assistência à saúde em razão da sua condição de pessoa com deficiência.".

Portanto, resta patente que é essencial para o desenvolvimento intelectual do autista, o acesso pelo ao tratamento multidisciplinar e que, em razão de texto legal, não será admitido que, em razão de sua deficiência, seja impedido de contratar os serviços particulares de empresas privadas prestadoras de serviços de saúde.

É comum que as referidas operadoras neguem a adesão contratual em razão dos custos com o tratamento, que não tem data limite para terminar. Uma das teses mais alegadas é em relação ao número máximo de sessões de terapia com os profissionais habilitados, afirmando que não constam no rol da ANS ou que não há previsão contratual expressa no contrato celebrado.

Ademais, a modalidade contratual estabelecida é a de adesão, onde a parte contratada pode livremente dispor as cláusulas sem que ao contratante seja garantido o direito de discordar ou modificar o conteúdo compactuado. Desse modo, como se trata de um contrato de adesão, deve ser aplicado, de forma subsidiária o CDC- Código de Defesa do Consumidor. Segundo o art. 51, inciso IV, deste diploma legal:

Art. 51. IV- São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais

17 Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 15/03/2020.

18 SILVA JUNIOR, Ademos Alves da; O processo judicial e a proteção dos direitos dos autistas. p.32.

> *relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.*

Desse modo, são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem, haja vista que, por não poder estabelecer as cláusulas contratuais ou discuti-las no momento da adesão o consumidor é considerado a parte mais frágil da relação jurídica aos olhos do CDC, além de ser considerado a parte economicamente hipossuficiente da relação.

Nesse sentido, não cabe à empresa privada limitar o tratamento do consumidor autista, pois cabe ao médico responsável estabelecer os parâmetros para o tratamento, sob pena de colocar em risco a qualidade de vida do consumidor.

Portanto, em razão do exposto, quando houver negativa de atendimento ou limitação das sessões de terapia prescritas por médico competente, cabe ingressar com ação judicial, cuja natureza da ação é de obrigação de fazer, podendo ser cumulada com restituição dos valores gastos, nesse último caso, se a família já tiver iniciado por sua conta própria o custeio do tratamento.

6. DA APLICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

Primeiramente faz-se necessário mencionar o princípio da inafastabilidade da jurisdição expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 que preceitua: "A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em outras palavras é garantido a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de apreciar e atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão ou uma solução de um conflito, sob pena de inconstitucionalidade. Para reforçar este preceito, o artigo 5º da CF/88, em seu inciso LXXVIII, institui o princípio da celeridade processual, a dispor: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

O Código de Processo Civil de 2015, disciplina a Tutela Provisória nos artigos 300 a 311, as quais são as tutelas de urgência em caráter antecedente e as tutelas da evidência.

Em outras palavras, a tutela provisória de urgência está relacionada diretamente ao pedido principal e é concedida apenas à requerimento da parte. Diz respeito a uma circunstância que requer uma proteção jurídica imediata, pautada em elementos que evidenciam a probabilidade de um direito, *fumus boni iuris*, conhecido também como a fumaça do bom direito, assim como também o *periculum in mora*, ou perigo da demora.

A probabilidade do direito pode ser demonstrada pela urgência alegada pelo autor ou também pela dificuldade de o autor provar a sua alegação, e o perigo da demora é

o risco que, sem a medida de urgência, o autor venha a sofrer danos irreparáveis ante a demora da realização dos tratamentos prescritos pela equipe multidisciplinar.

A tutela provisória de urgência encontra-se prevista no artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015:

> *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.*
> *[...] § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia*
> *§ 3º A tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*

Por outro lado, a tutela da evidência não requer a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, tem apenas como requisito essencial a verossimilhança das alegações, ou seja, baseia-se na evidência dos fatos constitutivos pleiteados pelo autor. Basta, portanto, a evidência de que o direito litigado é notório. No caso dos indivíduos autistas, uma prova irrefutável seria a juntada do laudo médico prescrevendo determinado tratamento. A tutela da evidência encontra-se fundamentada no artigo 311 do Código de Processo Civil:

> *Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:*
> *[...] II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;*
> *[...] IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.*

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90[19], traz, no artigo 152, a prioridade de tramitação de processos e procedimentos que envolvam indivíduos menores de idade, leciona também que a celeridade na execução de atos e diligências devem ser priorizados pelo poder judiciário.

19 Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Vade Mecum Acadêmico de direito Rideel. 31.ed. São Paulo: Rideel, 2020.

Desta forma, restando presente os requisitos que ensejam a antecipação da tutela, qual seja da urgência ou da evidência, esta deve ser deferida de pronto, haja vista que, além de direito já pacificado em nossa jurisprudência, o risco da demora pode vir a prejudicar este indivíduo em relação ao início do tratamento, que deve ser o mais rápido possível, e está ligado diretamente a uma significativa melhora de qualidade de vida futura desse indivíduo.

Marinoni, Arenhart e Mitiero[20] explicam a questão da tutela antecipada nas seguintes palavras: "a tutela antecipatória constitui o grande sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. [...] A técnica antecipatória – é bom que se diga – é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo".

O instituto das tutelas provisórias constitui uma forma eficaz que visam "desafogar o judiciário". Traz consigo uma maneira uníssona de acelerar os trâmites processuais, proporcionando ao cidadão uma ferramenta eficiente justamente na hora que mais necessitam. Desta forma, é plenamente possível requerer que se faça valer os direitos dos portadores de TEA em relação aos contratos estabelecidos entre operadoras privadas de planos de saúde mediante o pedido de tutela provisória, estando presentes os requisitos do artigo 300 ao 311 do CPC/2015.

No caso da tutela de urgência, esta poderá ser concedida após o recebimento da petição – liminarmente - ou após justificação prévia - no decorrer do processo - de acordo com o parágrafo 2º do art. 300 do Código de Processo Civil de 2015, e assim, o autista poderá usufruir de seus direitos de forma mais célere, sob pena de sofrer danos irreparáveis ante a demora de usufruir do tratamento médico multidisciplinar, sem que, para isso, haja a necessidade de dilação probatória e/ou, diligências desnecessárias.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da sociedade que está em constante evolução, nos deparamos com indivíduos que possuem suas próprias características. Uns são mais sensíveis e até vulneráveis, outros necessitam apenas de respeito como cidadão. É neste cenário que o presente trabalho objetivou demonstrar a efetividade das leis na vida das pessoas com deficiência, em especial os autistas, afinal, perante a lei todos somos iguais e merecemos as mesmas oportunidades e direitos.

Destarte, é dever do Estado e da sociedade cuidar e proteger o indivíduo autista seja no aspecto assistencial, quanto no afetivo, por parte de seus entes e familiares. Porém,

20 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO. Daniel. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020, p.23. MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação de tutela. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23-25.

o que se vislumbra é uma saúde pública falha, precária, que não cumpre efetivamente o seu papel, e, de outro lado, ainda se depara com empresas privadas de planos de saúde, que impõem uma série de critérios em seus contratos de adesão de forma a esquivar-se da cobertura relativa ao tratamento prescrito pelo profissional de saúde habilitado.

Todavia, quando essas operadoras de saúde se deparam com um diagnóstico de autismo, na maioria das vezes, negam de pronto o tratamento, na tentativa de postergar um direito que já é sedimentado em nosso ordenamento pátrio. O fato é que o negócio jurídico celebrado entre as partes não é meramente uma relação de consumo, pois se trata de uma premissa maior, qual seja a garantia do pleno acesso do direito constitucional à saúde.

Destarte, como tudo se encontra em constante evolução, assim também deve ser o direito e o aparato jurisdicional. A tutela jurisdicional deve obedecer ao princípio da eficácia e da celeridade processual. O consumidor autista, ao lidar com demandas judiciais, deve ter prioridade na tramitação, assim como a interpretação dos contratos celebrados deve ser mais benéfica a eles e, todas as cláusulas abusivas e contraditórias devem ser consideradas nulas de pleno direito. Respeitar os direitos dos deficientes, em especial dos portadores de TEA nada mais é do que o cumprimento dos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Por fim, cabe dizer que esta pesquisa buscou demonstrar, em especial as famílias dos portadores de TEA, a importância do órgão jurisdicional no papel de pacificador de litígios, assim como também analisar o ordenamento jurídico no que concerne à proteção dos direitos humanos em razão dos princípios basilares constitucionais. As pessoas com autismo cotidianamente encontram inúmeras dificuldades para conviver em sociedade, devido às limitações que esta síndrome pode acarretar. Dessa forma, respeitar a cidadania e a dignidade desses indivíduos é fazer valer a Constituição Federal e o Estado democrático de Direito.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil/1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_ 03/constituicao.htm. Acesso em 15/03/2020

BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. *Vade Mecum Acadêmico de Direito***.** 31.ed. São Paulo: Riddel, 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Cartilha entendo o SUS/2007*. Disponível em: http: //http://www.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf. Acesso em 21/06/2020.

BRASIL. *Direitos do Consumidor:* código de defesa do consumidor. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Vade Mecum Acadêmico de Direito.* 31.ed. São Paulo: Riddel, 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.764*, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 15/03/2020.

BRASIL. *Lei nº 13.146,* de 06 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13.146.htm. Acesso em 15/03/2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO. Daniel. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

ORRÚ, Silvia Ester. *Autismo: o que os pais devem saber?* 2.ed. Rio de Janeiro: Wak editora, 2011.

SILVA JUNIOR, Ademos Alves da; *O processo judicial e a proteção dos direitos dos autistas*. Bauru, SP: Spessoto, 2019.

SILVA, Ana Beatriz B; GAIATO, Maiara Bonifácio; REVELES, Leandro Thadeu. *Mundo singular: Entenda o autismo.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

TIBYRIÇÁ FLORES, Renata; D'ANTINO FAMÁ, Maria Eloisa. *Direitos das Pessoas com Autismo: Comentários interdisciplinares á Lei 12/764/12.* São Paulo: Memmom edições cientificas, 2018.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em 30.07.2020
Aceito em 29.11.2020

POLÍCIA CIVIL/MS: O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E A INFLUÊNCIA DA PRECARIEDADE DE RECURSOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE POLICIAL JUDICIÁRIA

Civil police/MS: the fundamental right to public security and the influence of the lack of resources in the exercise of judicial police activity

Felipe Denadai Duarte de Souza[1]
Gilberto Ferreira Marchetti Filho[2]

RESUMO

O trabalho tem como objetivo analisar a situação da Polícia Civil no Estado de Mato Grosso do Sul, considerando o direito fundamental à segurança pública e a precariedade de recursos no exercício da atividade policial judiciária. Busca, à luz de pesquisa e revisão bibliográfica, apresentar e discutir alguns pontos que afetam o exercício da atividade de segurança pública em decorrência da falta de estrutura física, financeira, tecnológica e de pessoal para o exercício da atividade policial judiciária e investigativa. Conclui que a falta de gerenciamento adequado, eficaz e eficiente dos recursos afeta diretamente na estruturação da polícia civil, seja no campo funcional, tecnológico ou de material, prejudicando o trabalho investigativo da polícia, colocando em risco a própria persecução penal, a solução de crimes e a própria segurança das pessoas, direito fundamental, diante da sensação de impunidade.

Palavras-chave

Polícia civil, segurança pública, direito fundamental, precariedade de recursos, efeitos na atividade investigativa.

ABSTRACT

The work aims to analyze the situation of the Civil Police in the State of Mato Grosso do Sul, considering the fundamental right to public security and the precariousness of resources in the exercise of judicial police activity. It seeks, in the light of research and bibliographic review, to present and discuss some points that affect the exercise of public security activity due to the lack of physical, financial, technological and personnel structure for the exercise of judicial and investigative police activity. It concludes that the lack of adequate, effective and efficient management of resources directly affects the structuring of the civil police, whether in the functional, technological or material field, harming the investigative work of the police, endangering the criminal prosecution itself, the solution of crimes and the very safety of people, fundamental right, in the face of the feeling of impunity.

Keywords

Civil police, public security, fundamental right, lack of resources, effects on investigative activity.

1 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. e-mail: felipedenadaiduarte@hotmail.com.

2 Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Assessor Jurídico do TJMS. Professor de Direito Civil e Processo Civil na graduação e pós-graduação no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. e-mail: gilberto.marchetti@unigran.br.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Análise histórica da polícia civil de Mato Grosso do Sul e sua função na segurança pública 3. A constituição federal e os direitos fundamentais. 4 O Estado como responsável pelo fornecimento de recursos para a PC/MS. 5. O sucateamento da polícia civil. 6. O que a falta de recursos influencia nas tarefas da polícia civil de Mato Grosso do Sul. 7. Considerações finais. 8. Referências.

SUMMARY: *1. Introduction. 2. Historical analysis of the civil police of Mato Grosso do Sul and its role in public safety. 3. Federal constitution and fundamental rights. 4 The State as responsible for providing resources for the MS/CP. 5. The scrappingof civil police. 6. What the lack of resources influences in the work of the civil police of Mato Grosso do Sul. 7. Final considerations. 8. References.*

1. INTRODUÇÃO

A polícia brasileira, de acordo com documentação constante no Museu Nacional do Rio de Janeiro, iniciou suas atividades no dia 20 de novembro de 1530, época ainda do Brasil colônia.[3]

Com passar do tempo, a polícia foi sendo dividida em diversas áreas, como por exemplo a polícia militar, a polícia federal e a polícia civil ou judiciária.

Dentre elas, a Polícia Civil é o órgão responsável pela segurança pública e sua principal função é investigar crimes. Dessa forma, se mostra nítida a necessidade de equipamentos informáticos e de tecnologia de qualidade, assim como armamento, viaturas, preparo profissional e acompanhamento psicológico que deve ser fornecido pelo governo.

Atualmente, é muito visível que a Polícia vem sendo sucateada pelo Estado e, assim, prejudicando a segurança pública, pois não restam dúvidas que a população espera um resultado positivo da Polícia, tanto na resolução de crimes, quanto na garantia da Segurança Pública.

Diante disso, observando metódica dedutiva, sistêmica e axiológica, esse artigo tem como objetivo analisar a falta de recursos nas delegacias de polícia, e qual a consequência que isso gera no que se refere a segurança pública e mostrar como não é custoso fazer com que a Polícia seja eficaz na garantia do que todos esperam, uma segurança de qualidade.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DA POLÍCIA CIVIL DE MATO GROSSO DO SUL E SUA FUNÇÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA

Inicialmente importa mencionar que polícia é um vocábulo de origem grega, *"politeia",* e derivou para o latim, *"politia",* ambos com o mesmo significado: governo de

3 SÃO PAULO. Secretaria de Segurança Pública. Histórico – origem da polícia no Brasil. Disponível em: http://www.ssp.sp.gov.br/Institucional/Historico/Historico.aspx. Acesso em: 31 out. 2020.

uma cidade, administração, forma de governo[4].

Assim, com o passar dos tempos o termo "polícia" assumiu um sentido mais restrito, passando a representar a ação do governo enquanto exerce sua missão de tutela da ordem jurídica, assegurando a tranquilidade pública e a proteção da sociedade contra as violações e malefícios.[5]

No específico, com a divisão do Estado de Mato Grosso, por meio da Lei Complementar n. 31, de 11 de outubro de 1977[6], começou a estruturação dos órgãos administrativos e operacionais de Mato Grosso do Sul e, inicialmente, parte do efetivo de pessoal Estado de Mato Grosso, permaneceu como integrante do quadro de pessoal do novo Estado e seus órgãos já existentes.

A partir da divisão, a Polícia Civil passou a se organizar e, no final do ano de 1983, ocorreu o primeiro concurso público para todas as categorias funcionais da instituição, sendo que no dia 12 de março de 1984 juntamente com a aula inaugural dos selecionados, iniciou-se a atividade da Academia de Polícia Civil de nosso Estado.

No Mato Grosso do Sul, atualmente a Polícia Civil é um órgão de execução programática da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, conforme dispõe Decreto n. 12.218, de 28 de dezembro de 2006[7], e regida por estatuto próprio, firmado pela Lei Complementar Estadual n. 114, de 19 de dezembro de 2005[8].

Compreendido isso, tem-se que, no plano constitucional, o art. 144 garante:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
> I - polícia federal;
> II - polícia rodoviária federal;
> III - polícia ferroviária federal;
> IV - polícias civis;
> V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
> VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.[9].

4 COSTA, L. dos S. Ciclo completo de polícia. JusNavegandi, dez. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/71114/ciclo-completo-de-policia. Acesso em 21 ago. 2020.

5 ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Segurança Pública. Op. cit.

6 BRASIL. Lei Complementar n. 31, de 11 de outubro de 1977. Cria o Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 12 out. 1977.

7 MATO GROSSO DO SUL. Decreto n. 12.218, de 28 de dezembro de 2006. Aprova a estrutura básica e dispõe sobre competência e composição dos cargos da Diretoria-Geral da Polícia Civil e dá outras providências. Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 29 dez. 2006.

8 MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar Estadual n. 114, de 19 de dezembro de 2005. Aprova a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, dispõe sobre sua organização institucional e as carreiras, os direitos e as obrigações dos seus membros. Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 20 dez. 2005.

9 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

No que toca ao tema, de acordo com o § 4º, do art. 144, "às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares"[10].

Importa ressaltar que, no plano infraconstitucional, o art. 4º do Código de Processo Penal[11] dispõe que "a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria".

A par disso, em Mato Grosso do Sul, a Lei Complementar Estadual n. 114[12] também dispõe o seguinte:

> Art. 1º A Polícia Civil, instituição permanente do Poder Público Estadual, essencial à defesa do Estado e do povo, incumbe, com exclusividade, ressalvada a competência da União, o exercício das funções de polícia judiciária, a investigação e apuração, no território do Estado de Mato Grosso do Sul, das infrações penais, exceto as militares, cabendo-lhe ainda a preservação da ordem e segurança pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como concorrer na execução de outras políticas de defesa social.
> § 1º A Polícia Civil, instituição essencial à função jurisdicional da Justiça, exerce privativamente as atividades de criminalística, identificação, medicina e odontologia legal, cabendo-lhe o cumprimento de suas funções institucionais.
> § 2º A Polícia Civil será dirigida por Delegado de Polícia de carreira, de classe especial em efetivo exercício, com autonomia operacional, sendo-lhe assegurada a participação na gestão administrativa, orçamentária e financeira para cumprimento de sua missão institucional.

Assim, a expressão "polícia judiciária" designa o conjunto de atos e atividades que são exercidas pelas Polícias Civil, no âmbito estadual, e Federal, no âmbito federal, com a finalidade de apurar a autoria, materialidade e demais circunstâncias das infrações penais comuns, bem como "à execução do policiamento preventivo especializado e ao desempenho de funções típicas de auxílio amplo à prestação jurisdicional penal, sempre sob direção e responsabilidade do Delegado de Polícia"[13].

Nesse sentido, a investigação, realizada pela Polícia Civil é vital para elucidação da autoria, materialidade e motivos do delito, sendo um mecanismo de aplicação de justiça com *status de direito fundamental do cidadão, principal fonte de justa causa para qualquer medida restritiva de liberdade, processo ou procedimento previsto em lei de competência criminal.*

10 Idem.

11 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

12 MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar n° 114, de 19 de dezembro de 2005. Op. cit.

13 BRANDÃO, A. A quem interessa o sucateamento da polícia investigativa? JusNavegandi. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/53640/a-quem-interessa-o-sucateamento-da-policia-investigativa. Acesso em: 31 out. 2020.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, cumpre salientar que a segurança é um direito previsto no art. 5º da Constituição Federal, bem como um direito social previsto no artigo 6º do referido dispositivo legal, sendo este embasado pelo art. 144 da Constituição Federal, pelo qual "a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos"[14].

Está claro que o direito à segurança pública é um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. A esse direito corresponde o dever do Estado, com a colaboração de todos (art. 144 da CF), garantir a ordem púbica e a segurança dos cidadãos. Porém, é notório que essas garantias dependem de políticas públicas, as quais nem sempre se revelam efetivas e eficazes, havendo diariamente e a cada minuto inúmeras violações pelo Estado.

Para Santin[15], o termo "segurança", que consta no preâmbulo e nos arts. 5º e 6º da Constituição Federal, deve ser interpretado como relativo ao direito à segurança pública, predominantemente de caráter difuso. Visa, portanto, tutelar a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas, sendo primordial para a proteção da dignidade da pessoa humana e exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, preservação da harmonia social e solução pacífica das controvérsias, disposto no preambulo constitucional.

Ocorre que, sendo a segurança um direito individual e também social, "não há, pois, como desassociá-las, já que não há como existir segurança da comunidade sem que haja segurança individual"[16].

Assim, a norma constitucional tem dupla função. Além de estabelecer o direito à segurança como garantia fundamental individual e social, concedendo-lhe o direito de receber proteção do Estado à integridade pessoal, do patrimônio e da ordem pública, ainda atribui competência para o legislador sobre a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública.

Sendo assim, como direito fundamental, a segurança é um dos mais importantes direitos fundamentais, tanto no campo individual quanto social, já que assegura a fruição de todos os demais direitos, tendo sido tratada como tal em todas as Constituições brasileiras.

14 BRASIL. Constituição (1988). Op. cit.

15 SANTIN, V. F. Controle judicial da segurança pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 76-81.

16 GERÔNIMO, G. D. Segurança pública: dever do Estado: garantia do exercício da cidadania. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. São Paulo, 2011. p. 58. Disponível em: http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1028/1/Gislene%20Donizetti%20Geronimo.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

Nesse contexto, de acordo com o texto do art. 144 da Constituição Federal, não há dúvidas de quem tem o dever de efetivar o direito fundamental à segurança pública: o Estado, com a responsabilidade de todos.

Assim, é claro que ao Estado, ente que detém o domínio do uso da força e do poder de polícia, cabe se organizar em termos de instituições, pessoal, aparelhamento e atribuições, dentre outros aspectos para garantir que as pessoas se sintam protegidas e, assim, aptas a normalmente viverem suas rotinas, desfrutando de seus bens, da convivência doméstica, das atividades sociais, indo ao trabalho.

Portanto, pode-se afirmar que o acesso ao direito à Segurança Pública depende diretamente da atividade do Estado, que se inicia com o fornecimento de recursos financeiros e aparelhamento das polícias para executar suas atividades.

Entrementes, é público e notório que a segurança pública vivencia uma crise, manifestada por uma série de problemas financeiros, estruturais e de pessoal, problemas esses que exigem não apenas mudanças básicas, mas sim uma revolução administrativa, tanto do ponto de vista financeiro, como no estrutural e pessoal, com alocação de recursos básicos para se obter uma maior efetividade no atendimento da população, seja no policiamento ostensivo e repressivo, seja no investigativo/elucidativo.

Tal revolução é importante, pois permitiria que os recursos, escassos por natureza, fossem empregados em ações de grande impacto, aumentando a eficiência do aparato policial sem que houvesse necessidade de grandes investimentos em novos meios e sem mudanças legislativas que, com certeza, ficariam por anos nas gavetas do legislativo.

4. O ESTADO COMO RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE RECURSOS PARA A PC/MS

A segurança pública está presente na sociedade desde seus primórdios, sendo que o Estado tem assumido essa responsabilidade no âmbito geral há muitos anos, com grande evolução em tempos modernos. Assim, não importa qual seja o momento histórico, a segurança sempre teve como objetivo proteção do povo, com vistas a garantir paz e tranquilidade na convivência social.

Interessante que essa necessidade de segurança sempre foi presente. Destaca-se, nesse sentido, o dizer de Thomas Hobbes[17], na obra "Leviatã", segundo o qual "a segurança dos cidadãos é o sentido de existência do Estado".

Como dito, a Constituição Federal, em seu art. 5º e 6º, assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, colocando a segurança como um direito individual e social.

17 HOBBES, T. Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret. 2008. p. 127.

Não bastasse isso, a segurança pública mais uma vez é tratada no art. 144, considerada dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Ocorre que, embora a segurança pública tenha previsão como responsabilidade de todos, ela é primeiramente dever do Estado. Assim, o principal responsável pelo financiamento de suas atividades é o Estado. Em outro falar, quem deve prover o fornecimento de recursos à Polícia Civil é, sem sombra de dúvidas, o Estado.

Assim, conforme consolidado pelo art. 144 da Constituição Federal, pode-se verificar que o sistema de segurança pública é de responsabilidade da União e dos Estados-membros. Cabe, pois, a eles, de acordo com as peculiaridades regionais e o fortalecimento do princípio federativo, estabelecerem suas ações de forma coordenada e afinada entre os diferentes órgãos e as políticas públicas dos diversos Entes da Federação.

Resta claro que o Estado é o responsável pelo fornecimento de recursos financeiros, estruturais, logísticos, tecnológicos e de pessoal, para a Polícia Civil, a fim de que possa realizar seu trabalho, qual seja a de polícia investigativa.

Entrementes, a realidade mostra que, na maioria das vezes, a crise vivida pela instituição Polícia Civil se dá devido a fatores externos, como ingerência ou descaso do Poder Executivo.

Isso se manifesta exatamente na situação de "abandono material" a que o Executivo acaba por relegar a Polícia Judiciária, o que traz consequências prejudiciais ao seu bom desempenho de suas atividades. Mais grave ainda é a ingerência maléfica que o Poder Executivo exerce sobre a instituição[18].

Desse modo, para o bom desempenho de suas atividades, é importante que a Polícia Civil detenha autonomia funcional e administrativa, com prerrogativas e garantias constitucionais que lhe permitam uma remuneração adequada e independência funcional, a fim de que não seja alvo de ingerências políticas que vão desde a falta de equipamentos até a exoneração, demissão ou destituição de cargos importantes ocupados por delegados de carreira e policiais civis.

Esse contínuo descaso do Poder Executivo com a Polícia Civil é facilmente perceptível por causa da omissão e intervenção indevida dos governos, principalmente porque não fornece condições materiais adequadas para garantir uma atuação policial eficiente[19].

Assim, fica claro que a Polícia Civil, para ser eficiente e eficaz no exercício de suas

18 CAVALCANTI, R. B. Problemas e desafios da polícia civil: as percepções dos delegados. In: SADEK, M. T. (org.) Delegados de polícia. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em: http://books.scielo.org/id/s7v75/pdf/sadek-9788579820144-05.pdf. Acesso em: 20 set. 2020

19 Idem.

atividades constitucionalmente atribuídas, precisa de recursos. Logo, o Poder Executivo, a fim de atender um dos direitos fundamentais da população, que é a segurança pública, deve investir na polícia, principalmente na judiciária, pois, a falta de infraestrutura, decorrente do descaso governamental, aliada às constantes interferências políticas, prejudica a autoestima do policial e consequentemente a aparição de crimes[20].

É dizer: a Polícia Civil precisa de recursos financeiros, estruturais, tecnológicos e de pessoal para atender sua função constitucional, especificada na Lei Complementar Estadual n. 114, de 2005[21]:

> Art. 4º A investigação policial, além da finalidade processual penal, técnico-jurídica, tem caráter estratégico e tático sendo que, devidamente consolidada, produz ainda, em articulação com o sistema de defesa social, subsidiariamente, indicadores concernentes aos aspectos sociopolíticos, econômicos e culturais que se revelam no fenômeno criminal.
> § 1º A ação investigativa compreende, no plano operacional, todo o ciclo da atividade policial civil pertinente à completa abordagem de notícia sobre infração penal.
> § 2º O ciclo completo da investigação policial inicia-se com o conhecimento da notícia de infração penal, por quaisquer meios, e se desdobra pela articulação ordenada, dentre outros aspectos, dos atos notariais e afetos à formalização das provas em inquérito policial ou outro instrumento legal, dos atos operativos de minimização dos efeitos do delito e gerenciamento de crise dele decorrente, da pesquisa técnico-científica sobre a autoria e a conduta criminal, das atividades de criminalística, identificação, medicina e odontologia legal e encerra-se com o exaurimento das possibilidades investigativas contextualizadas no respectivo procedimento.
> § 3º A ação investigativa executada por membros da Polícia Civil é praticada como regra geral nos domínios circunscricionais de uma determinada área geográfica, podendo ultrapassá-los, se assim for necessário, em face das evidências subjetivas e objetivas do fato em apuração.
> § 4º A ação investigativa resulta da ordenação racionalizada, de caráter técnico e científico, dos atos de pesquisa das evidências criminológicas, objetivas, subjetivas, circunstanciais e materiais dos delitos.

Portanto, resta evidente que, para o bom funcionamento da Polícia Civil, principalmente no seu caráter judiciário e investigativo, o Estado deve investir corretamente e de forma planejada e coordenada os seus recursos nesse órgão tão importante à segurança pública.

Em linha complementar, o Estado tem o dever também de preparar o policial

20 Idem.

21 MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar Estadual n. 114, de 19 de dezembro de 2005. Op. cit.

para prestar serviços relevantes e de forma correta no combate e investigação do crime, notadamente o organizado. É importante pagar salários dignos[22], conceder melhores condições de trabalho aos policiais, para que tenham condições de prestar com mais eficiência o atendimento à população.

5. O SUCATEAMENTO DA POLÍCIA CIVIL

Como dito, a polícia civil tem como atribuição constitucional predominante as funções de polícia judiciária e investigativa de infrações penais, trabalhando precipuamente na apuração de crimes e auxiliando o Poder Judiciário e o Ministério Público nas diligências necessárias para elucidação do crime, exceto os militares.

Assim, para o exercício dessas atribuições constitucionais, dentro da ideia de segurança pública como direito fundamental, é necessária uma estruturação física, financeira e de pessoal para que o trabalho seja feito de forma eficiente, adequada e eficaz.

Entrementes, a falta de um orçamento próprio e a insuficiência de recursos para o trabalho da polícia civil, bem como a deficiência estrutural, tecnológico e de pessoal, são as queixas notoriamente mais apontadas pelos policiais, sendo a principal explicação para o trabalho deficitário e pautado pela resposta reativa às ocorrências imediatas, sem que haja um mínimo de planejamento.

Como não há planejamento, há uma grande insegurança no trabalho. Isso porque nunca se sabe se será possível concluir uma investigação e as relações de confiança entre os colegas é que garantem alguma previsibilidade na rotina de trabalho[23].

Contudo, embora seja um órgão de elevada importância, é nítido o esquecimento que vem acontecendo com a Polícia Civil, especialmente no Mato Grosso do Sul, com delegacias instaladas em prédios em estado de degradação, falta de munição, falta de combustível, fazendo até com que as pessoas deixem de registrar boletins de ocorrências ao verificar o estado em que se encontram as delegacias, ou até mesmo pela demora decorrente dos computadores não comportarem o sistema SIGO.[24]

22 SINPOL-MS. Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul. Precariedade da Polícia Civil é denunciada no Fantástico, 23 out. 2017. Disponível em: https://www.sinpolms.org.br/noticia/precariedade-da-policia-civil-e-denunciada-no-fantastico/. Acesso em 20 set. 2020.

23 AZEVEDO, R. G. de; VASCONCELLOS, F. B. de. O inquérito policial em questão - situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo Brasileiro de investigação criminal. Revista Sociedade e Estado. Brasília, v. 26, n. 1, jan./abr. 2011, p. 15-27. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/5582/5074.6. Acesso em: 31 out. 2020.

24 Inúmeras são as notícias da precariedade de condições de trabalho da polícia civil no Brasil. No Mato Grosso do Sul, temos: https://www.sinpolms.org.br/noticia/sinpol-busca-apoio-das-autoridades-judiciais-pedindo-providencias-para-delegacia-de-ponta-pora/; https://www.sinpolms.org.br/noticia/sinpol-visita-delegacias-do-interior/; https://www.sinpolms.org.br/noticia/no-dia-do-policial-civil-sinpol-homenageia-companheiros-que-perderam-a-vida-servindo-e-protegendo-a-sociedade/

A crise é tal que não são raras as situações em que os próprios policiais precisam comprar materiais básicos para trabalhar com seu próprio dinheiro ou com doações destinadas pela iniciativa privada e por acordos nos juizados especiais criminais e da vara da infância e juventude.

Em conversa com investigador de polícia de uma delegacia de interior do Estado de Mato Grosso do Sul[25], que preferiu não ser identificado por medo de represálias, afirmou que na delegacia que atua está em falta materiais de limpeza, café, canetas, impressoras, papel, ou seja, todo aparato que se faz totalmente necessário para que se cumpra com eficiência e efetividade as investigações.

Ademais, outro problema que vem sido enfrentado é o desvio de função de servidores. Não de forma proposital, mas para cobrir as vagas que estão sem efetivos, por exemplo, investigadores que tem que realizar papel de escrivão no atendimento de pessoas que comparecem na delegacia para registrar ocorrência, ou dar andamento nos procedimentos.

Cumpre esclarecer que o Estado de Mato Grosso do Sul é um estado que faz fronteira com o Paraguai e a Bolívia. E, em muitos casos, grandes quantidades de drogas e armas apreendidas ficam armazenadas nas delegacias por longos períodos até serem incineradas ou, no caso das armas, entregues ao Exército. Dessa forma se tornam alvos fáceis de ataques, uma vez que o número de plantonistas é muito pequeno. E tanto faz com que as delegacias sejam alvos vulneráveis da atuação criminosa.

O problema destacado nesse artigo é tão relevante que, em 2017, o SINPOL (Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul), publicou um documentário intitulado "A Realidade da Polícia Civil em Mato Grosso do Sul"[26], no qual os integrantes do sindicato visitaram diversas delegacias com o intuito de mostrar suas defasagem e problemas.

Diante disso, a consequência é que a baixa percentagem de elucidação de crimes está quase que diretamente ligada à falta de aparelhamento das Polícias em suas atividades fim, notadamente nas civis. Até porque se está falando de relatórios que apontam a falta de carros descaracterizados, que é comum em investigações em que necessitam que sejam despercebidas, falta de dinheiro para viagens para ouvir testemunhas, bem como falta de materiais em sala do escrivão.

Mas não é só. O descaso do Estado também atinge os próprios policiais civis, na falta de condições dignas de trabalho e apoio psicológico. Nesse ponto, não são raros os

25 Por questões de segurança e para evitar problemas administrativos, o servidor preferiu não ser identificado na pesquisa, nem mencionar seu local de atuação. E tanto foi respeitado pelos autores.

26 SINPOL-MS. Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul. Sinpol-MS lança documentário sobre a realidade das delegacias, 11 ago. 2017. Disponível em: https://www.sinpolms.org.br/noticia/sinpol-ms-lanca-documentario-sobre-a-realidade-das-delegacias/. Acesso em: 31 out. 2020.

casos de policiais que sofrem de problemas psicológicos devido ao trabalho excessivo, sem condições dignas e de segurança, bem como no desempenho de funções que nem são de suas respectivas competências.[27]

Ocorre que é mais do que evidente a obrigação do Estado em capacitar, fornecer recursos, contratar servidores e dar apoio, psicológico inclusive, dentre outras medidas necessárias, para o apoio do policial civil e, assim, o bom funcionamento da Polícia.

Esse descaso enfrentado pela Polícia Civil está presente em outros Estados, como, por exemplo, São Paulo. Sobre isso, importa mencionar um trecho do relatório elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo[28]: "Considerando o déficit crítico de recursos humanos sem uma perspectiva de reposição, a precariedade das delegacias e a falta ou sucateamento dos recursos materiais, avaliou-se que a Polícia Civil está desprovida de recursos de toda ordem para cumprir adequadamente sua missão institucional, o que pode culminar, sem as devidas correções, em sua inoperância".

Assim, é possível verificar que não só no Estado do Mato Grosso do Sul, mas nos demais Estados, a Polícia Civil tem seus serviços prejudicados, devido a desídia do Estado em fornecer todo aparato necessário para um trabalho de qualidade.

Apesar disso, os resultados surpreendem diante de tamanha falta de estrutura para se prosseguir com uma investigação.

Recentemente, o Instituto Sou da Paz realizou levantamento de dados que mostram "que Mato Grosso do Sul tem a segunda maior taxa de elucidação de homicídios do País. Segundo o jornal O Globo, apenas o Distrito Federal aparece à frente do Estado e o Rio de Janeiro registrou o pior índice"[29]. A matéria menciona que dos casos de 2017, 67% foram solucionados pela Polícia Civil até o fim de 2018, sendo levados à Justiça através do MPMS (Ministério Público do Estado).

A diretora-executiva do Instituto menciona um outro fator agravante da estruturação das polícias civis no Brasil: a falta de dados e informações do sistema de investigação e da Justiça brasileiros agravam o problema. "Ao longo das três edições, só quatro estados forneceram os dados para as três edições da pesquisa. Isso já mostra muito como as estruturas de Justiça não estão preparadas para entregar informações, e isso diz muito de uma lógica de gestão penal, de controle do crime, que é muito pouca

27 SINPOL-MS. Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul. Precariedade da Polícia Civil é denunciada no Fantástico, 23 out. 2017. Op. cit.

28 AFFONSO, J. Tribunal de Contas vê 'sucateamento' da Polícia Civil de São Paulo. Estadão, 19 jul. 2019. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribunal-de-contas-ve-sucateamento-da-policia-civil-de-sao-paulo/. Acesso em: 20 set. 2020.

29 SINPOL-MS Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul. MS tem segunda maior taxa de solução de homícidios, aponta estudo, 28 set. 2020. Disponível em: https://www.sinpolms.org.br/noticia/ms-tem-segunda-maior-taxa-de-solucao-de-homicidios-aponta-estudo/.Acesso em: 31 out. 2020.

baseada em dados e informações e muito no caso a caso", explica.[30]

Diante disso, a necessidade de estruturação das polícias também parte do campo tecnológico e de integração de informações. Daí "a necessidade de ter o SINESPJC (Sistema Nacional de Estatísticas de Segurança Pública e Justiça Criminal), do Ministério da Justiça, atualizado para ajudar nessa questão, o que não vem ocorrendo". "Quando não colocamos luz e priorizamos o esclarecimento desse crime, damos o recado de que ele não é importante, não valorizado pelas autoridades, o que gera uma sensação de impunidade. E, ao mesmo tempo, o sistema de Justiça e segurança e nossas polícias trabalham muito, mas, talvez, o foco esteja errado", analisa.

Dessa forma, é preciso combater as causas que estão levando os órgãos policiais à "falência". Até porque quem mais sofre com esse descaso à segurança pública são as vítimas de crimes e seus familiares, que ficam reféns de um sistema ineficiente e que não consegue, por falta de recursos, elucidar e permitir ao Estado punir os responsáveis pelos delitos.

Portanto, não restam dúvidas que o Estado precisa investir mais na polícia para que, consequentemente, traga mais segurança e tranquilidade para as pessoas, fazendo com que assim confiem no trabalho dos policiais e esses cumpram suas atribuições e metas com mais eficiência.

6. O QUE A FALTA DE RECURSOS INFLUENCIA NAS TAREFAS DA POLÍCIA CIVIL DE MATO GROSSO DO SUL

Chegado a esse ponto de explanação, parece lógico que a falta de recursos influencia nas tarefas da Polícia Civil em geral, especialmente no Mato Grosso do Sul. Mesmo porque, sem recursos, não há uma efetividade e eficiência no trabalho da polícia.

É óbvio que hoje, diante da quantidade de trabalho e da tecnologia e integração de dados, qualquer atividade exige um bom equipamento com conectividade. E na polícia não é diferente. Há a necessidade constante de armamento - condizente com a atual realidade do poderia ofensivo do crime -, munição, viaturas, equipamentos tecnológicos, insumos para perícias, treinamento, dentre outros essenciais.

A falta de recursos na Polícia também traz consequências no crime organizado e informáticos, que, cada vez mais frequentes, exige que a Polícia tenho recursos de inteligência e tecnológicos, sem os quais, impossível realizar uma investigação segura e eficaz, deixando espaço que esses crimes cresçam.

Outro fator é que uma das funções da polícia civil é fazer certas diligências em carros descaracterizados. Porém, esses veículos são escassos também. Muitas vezes o

30 Idem.

policial faz diligências em carros apreendidos ou acautelados, ou ainda em seus carros próprios, arriscando assim a vida de seus familiares, que em posterior ocasião podem estar utilizando o mesmo veículo.

Ademais, tema também de extrema importância que deve ser trazido à baila, é o desvio de função que os policiais são obrigados a se submeterem, qual como, por exemplo, a custódia de presos. O policial civil tem como função precípua e é assim investido para a investigação criminal, e não para custódia de presos.

Trata-se de situação comum, na qual muitas vezes as delegacias fazem o mesmo papel que centros de detenção e penitenciárias, mantendo custodiados dezenas de presos enquanto a persecução penal ocorre.

Mas não é só. A falta de servidores é outro ponto de extrema preocupação. Devido a essa falta de efetivos profissionais, muitas delegacias também necessitam que as Prefeituras façam cedência de servidores para fazer as vezes de escrivão. Atualmente isso está se tornando algo "normal", o que é totalmente errado, uma vez que para cumprir um papel de suma importância, qual seja de servidor da Polícia Civil, necessita-se de uma formação adequada, concurso, etc.

Essa situação é extremamente precária e geram consequências graves. Para se ter uma noção, basta imaginar o caos que seria uma pessoa leiga, que não teve sequer nenhuma formação para assumir tal cargo, responsável por todos os boletins de ocorrência de um Município?

Segundo informações colhidas de um policial civil de uma delegacia de interior do Estado de Mato Grosso do Sul[31], em Coronel Sapucaia, por exemplo, quando o policial plantonista precisa realizar uma diligência externa, a delegacia era fechada, pois apenas uma pessoa cumpria plantão, ficando assim, drogas, presos, armas, tudo à mercê da sorte.

A situação em algumas cidades é tão caótica que não há um mínimo de reforço para as delegacias, notadamente na questão da custódia de presos, colocando os policiais sob ameaça de invasões em delegacias para retirada de presos de grande potencial ofensivo.[32]

Essa situação acaba se tornando tão degradante que diversos policiais são acometidos por doenças psicológicas, alguma de natureza grava, como síndrome do pânico e depressão, o que acaba gerando aposentação do servidor precocemente por incapacidade para o exercício da atividade policial, ocasionando perdas de mão-de-obra qualificadas, a necessidade de mais concursos e prejuízos ao órgão previdenciário.

Isso acaba gerando também um descrédito da população no serviço policial. Dados

31 Por questões de segurança e para evitar problemas administrativos, o servidor preferiu não ser identificado na pesquisa, nem mencionar seu local de atuação. E tanto foi respeitado pelos autores.

32 FREITAS, H. de. Traficante é levado para presídio após delegacia sofrer ameaça de invasão. Campo Grande News, 5 jul. 2018. Disponível em: https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/traficante-e-levado-para-presidio-apos-delegacia-sofrer-ameaca-de-invasao. Acesso em 20 set. 2020.

mostram que, no Estado de Mato Grosso do Sul, de cada dez vítimas de crimes, apenas três vão à delegacia registrarem a ocorrência delitiva. Isso ocorre porque as pessoas sabem da situação em que se encontram as delegacias, e muitas vezes o crime do qual foram vítimas não será investigado por absoluta falta de estrutura.[33]

Outro exemplo da precariedade da Polícia Civil foi o acontecido em Glória de Dourados/MS no dia 23 de setembro de 2020, quando um cidadão tentou invadir a delegacia da cidade, quebrando uma porta e forçando a entrada no local, mas acabou levando um tiro do policial plantonista e foi a óbito.[34]

Anote-se que a porta arrombada pelo cidadão naquela ocasião era de compensado, finos como cartões de papelão, destoando da própria natureza do prédio, uma delegacia de polícia que deveria oferecer o mínimo de segurança.

Nessa ordem de ideias, fica evidente a falta de estruturação da polícia civil, com recursos financeiros, materiais, tecnológicos e de pessoal afeta diretamente o cumprimento da sua missão constitucional, de promover a segurança pública no trabalho investigativo e de auxílio na persecução penal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança pública é tema que sempre está nos debates jurídicos. Isso porque a segurança pública é um direito fundamental, individual e social, das pessoal, constituindo um verdadeiro dever do Estado, principalmente como sua principal fonte de custeio e sustento.

Esse debate sobre a segurança pública envolve a crescente violência e sensação de impunidade que assombra a sociedade brasileira. Nesse caminho, este trabalho buscou trazer a realidade preocupante da Polícia Civil no Brasil, notadamente no Mato Grosso do Sul, dentro daquele cenário, o que torna mais do que necessária uma Polícia decente e com recursos e estrutura suficientes para cumprir com êxito suas funções constitucionais.

Entrementes, a realidade mostra que cada vez mais a polícia em geral, e no específico a civil, sofre com a falta de recursos e com o descaso por parte de quem mais deveria valorizá-la, o Estado.

A falta de gerenciamento de recursos e sua aplicação de maneira adequada, eficiente e eficaz afeta diretamente na estruturação da polícia civil, seja no campo funcional, tecnológico e de material. E essa falta prejudica evidentemente o trabalho investigativo

---

33 SINPOL-MS. Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul. Precariedade da Polícia Civil é denunciada no Fantástico, 23 out. 2017. Op. cit.

34 DAU, M.; GODOY, J. P. Homem tenta invadir delegacia e é morto por investigador da Polícia Civil em MS. Portal de Notícias G1, 24 set. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2020/09/24/homem-tenta-invadir-delegacia-e-e-morto-por-investigador-da-policia-civil-em-ms.ghtml. Acesso em: 25 set. 2020.

da polícia, colocando em risco a própria persecução penal, a solução de crimes e a própria segurança das pessoas, como direito fundamental, diante da sensação de impunidade.

Nessa ordem de ideias, chega-se à conclusão de que a segurança pública é dever do Estado, constitucionalmente falando. Assim, cabe ao Estado fornecer toda a estruturação necessária para que a polícia civil possa desempenhar sua função constitucional, seja com recursos estruturais e financeiros, seja com recursos tecnológicos e de pessoal, a fim de se promover a adequada, eficiente e eficaz investigação, pela polícia civil, dos mais diversos crimes, considerando inclusive sua natureza moderna, e, dessa forma, promover a segurança das pessoas, como garantia fundamental.

8. REFERÊNCIAS

AFFONSO, J. Tribunal de Contas vê 'sucateamento' da Polícia Civil de São Paulo. *Estadão*, 19 jul. 2019. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribunal-de-contas-ve-sucateamento-da-policia-civil-de-sao-paulo/. Acesso em: 20 set. 2020.

AZEVEDO, R. G. de; VASCONCELLOS, F. B. de**.** O inquérito policial em questão - situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo Brasileiro de investigação criminal. *Revista Sociedade e Estado.* Brasília, v. 26, n. 1, jan./abr. 2011, p. 15-27. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/5582/5074.6. Acesso em: 31 out. 2020.

BRANDÃO, A. A quem interessa o sucateamento da polícia investigativa? *JusNavegandi*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/53640/a-quem-interessa-o-sucateamento-da-policia-investigativa. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

_____. Lei Complementar n. 31, de 11 de outubro de 1977. Cria o Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 12 out. 1977.

CAVALCANTI, R. B. *Problemas e desafios da polícia civil:* as percepções dos delegados. *In:* SADEK, M. T. (org.) *Delegados de polícia.* Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em: http://books.scielo.org/id/s7v75/pdf/sadek-9788579820144-05.pdf. Acesso em: 20 set. 2020

COSTA, L. dos S. Ciclo completo de polícia. *JusNavegandi*, dez. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/71114/ciclo-completo-de-policia. Acesso em 21 ago. 2020.

DAU, M.; GODOY, J. P. Homem tenta invadir delegacia e é morto por investigador da Polícia Civil em MS. *Portal de Notícias G1*, 24 set. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/

ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2020/09/24/homem-tenta-invadir-delegacia-e-e-morto-por-investigador-da-policia-civil-em-ms.ghtml. Acesso em: 25 set. 2020.

FREITAS, H. de. Traficante é levado para presídio após delegacia sofrer ameaça de invasão. *Campo Grande News*, 5 jul. 2018. Disponível em: https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/traficante-e-levado-para-presidio-apos-delegacia-sofrer-ameaca-de-invasao. Acesso em 20 set. 2020.

GERÔNIMO, G. D. *Segurança pública:* dever do Estado: garantia do exercício da cidadania. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. São Paulo, 2011. p. 58. Disponível em: http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1028/1/Gislene%20Donizetti%20Geronimo.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

HOBBES, T. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret. 2008. p. 127.

MATO GROSSO DO SUL. Decreto n. 12.218, de 28 de dezembro de 2006. Aprova a estrutura básica e dispõe sobre competência e composição dos cargos da Diretoria-Geral da Polícia Civil e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul,* Campo Grande, 29 dez. 2006.

_____. Lei Complementar Estadual n. 114, de 19 de dezembro de 2005. Aprova a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, dispõe sobre sua organização institucional e as carreiras, os direitos e as obrigações dos seus membros. *Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul*, Campo Grande, 20 dez. 2005.

SANTIN, V. F. *Controle judicial da segurança pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SÃO PAULO. Secretaria de Segurança Pública. *Histórico – origem da polícia no Brasil.* Disponível em: http://www.ssp.sp.gov.br/Institucional/Historico/Historico.aspx. Acesso em: 31 out. 2020.

SINPOL-MS. Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul. *MS tem segunda maior taxa de solução de homicídios, aponta estudo*, 28 set. 2020. Disponível em: https://www.sinpolms.org.br/noticia/ms-tem-segunda-maior-taxa-de-solucao-de-homicidios-aponta-estudo/. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. *Precariedade da Polícia Civil é denunciada no Fantástico*, 23 out. 2017. Disponível em: https://www.sinpolms.org.br/noticia/precariedade-da-policia-civil-e-denunciada-no-fantastico/. Acesso em 20 set. 2020.

_____. *Sinpol-MS lança documentário sobre a realidade das delegacias*, 11 ago. 2017. Disponível em: https://www.sinpolms.org.br/noticia/sinpol-ms-lanca-documentario-sobre-a-realidade-das-delegacias/. Acesso em: 31 out. 2020.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 10.12.2020
Aceito em: 27.12.2020

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

A GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO EM CASOS DE DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL LITIGIOSA

Shared guard of pets in cases of litigious marriage dissolution

Viviane Galvão Hernandes[1]
Valeska Vendramin Guimarães[2]

RESUMO

O estudo tem por objetivo analisar a relação jurídica que se estabelece entre os membros de uma família e os seus animais de estimação nos casos de dissolução da conjugalidade de forma litigiosa que envolva, também, a posse de animais de estimação. Destacando a relação do homem com seus pets, pautadas especialmente no afeto, sob uma ótica interdisciplinar, o artigo busca analisar a evolução do tratamento jurídico dado aos animais de estimação e a atuação do Estado quando é chamado a interferir, ressaltando as possíveis medidas a serem adotadas no curso do processo a fim de atender ao melhor interesse dos animais de estimação.

Palavras-chave

Divórcio, guarda compartilhada, animais domésticos.

Abstract

The study aims to analyze the legal relationship established between the members of a family and their pets in cases of dissolution of conjugality in a litigious way that also involves the possession of pets. Highlighting the relationship of man with his pets, based especially on affection, from an interdisciplinary perspective, the article seeks to analyze the evolution of the legal treatment given to pets and the actions of the State when it is called to interfere, highlighting the possible measures to be adopted in the course of the process in order to meet the best interests of pets.

Keywords

Divorce, shared custody, domestic animals.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A relação do homem e o animal doméstico; 3. O status jurídico dos animais não humanos; 4. Da dissolução matrimonial litigiosa; 5. Da guarda compartilhada e sua aplicação aos animais de estimação; 6. Projeto de Lei 1.058/11 e as decisões de guarda compartilhada de animais no Brasil; 7. Considerações finais; 8. Referências.

SUMMARY: *1. Introduction; 2. The relationship between man and domestic animals; 3. The legal status of non-human animals; 4. Of litigious dissolution of marriage. 5. Of shared custody and its applications regarding pets. 6. Bill 1.058/11 and the decisions regarding shared custody of animals in Brazil. 7. Final considerations. 8. References.*

1 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. E-mail: viviane.galvaoh@gmail.com

2 Docente no Centro Universitário da Grande Dourados- UNIGRAN. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Mediadora no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogada. E-mail: valeska.vilella@unigran.br.

1. INTRODUÇÃO

Os animais de estimação, no interior de muitas famílias, assumiram um *status* que se assemelha ao de filhos e, no caso da dissolução da conjugalidade, passaram a ser disputa em processos judiciais. Frente a essa nova realidade, o presente trabalho tem por objeto refletir sobre o posicionamento dos tribunais sobre o tema, analisar a situação jurídica dos animais de estimação e as consequências legais das disputas de guarda levadas ao Poder Judiciário pelos cônjuges-tutores.

O estudo está dividido em quatro tópicos. O primeiro busca descrever esta nova realidade familiar - o relacionamento entre as pessoas e os animais de estimação, levando em consideração que estes representam um papel significativo na vida das pessoas, bem como promovem engajamento social e contribuem para bem-estar físico e mental do indivíduo; o segundo, analisa o tratamento jurídico dos animais não humanos, sua natureza bem como sua proteção conferida pela Constituição Federal e pelo Código Civil; o terceiro aborda o instituto do divórcio, da guarda compartilhada e a possibilidade de sua aplicação, por analogia, aos animais de estimação, considerando a necessidade de amparo, cuidados essenciais e o direito de convivência após o fim do relacionamento. Por fim, o quarto tópico aborda o Projeto de lei n. 1.058/11 que versa sobre o tema, e alguns julgados considerados paradigmas, uma vez que a matéria não se encontra explicitamente disciplinada no Código Civil brasileiro.

O estudo foi desenvolvido utilizando-se da abordagem qualitativa a partir de um levantamento bibliográfico sobre os aspectos jurídicos do compartilhamento de guarda dos animais domésticos a partir da dissolução conjugal e tem como questão central: como os tribunais têm se manifestado quando chamados a decidir sobre a guarda de animais de estimação quando da dissolução da conjugalidade? É possível, por analogia, a aplicação da guarda compartilhada? Qual o estado da arte em relação ao tema no legislativo brasileiro? É o que se procurou responder no decorrer deste estudo.

2. A RELAÇÃO DO HOMEM E O ANIMAL DOMÉSTICO

Os humanos têm uma longa história de relação com os demais animais e, principalmente, com os domésticos, que convivem diariamente em seu meio. Igualados às máquinas por René Descartes no século XVII,[3] atualmente se descobre particularidades encantadoras em cada espécie animal, inclusive, sua senciência, restando claro sua sensibilidade e consciência do mundo.

3 SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequencias jurídicas. INTERthesis, Florianópolis, v.12, n.1, p.102-116, Jan-Jun. 2015, p. 102.

Por fazerem parte da vida familiar dos seres humanos, possibilitou um novo modelo de convivência em um contexto social entrelaçado. Este paradigma se tornou evidente na relação entre animais não humanos e humanos, nascendo à afeição e companheirismo entre eles. Segundo Sônia Lopes[4], a simbiose é a associação permanente entre indivíduos de espécies diferentes. Essas relações podem ser harmônicas (mutualismo, protocooperação, inquilinismo e comensalismo) ou desarmônicas (amensalismo, predatismo), esclarece a autora. A relação entre os seres humanos e os animais de estimação é harmônica e pode ser classificada como de protocooperação. Nesse sentido, os animais e os humanos se beneficiam reciprocamente, porém, podem viver de modo autônomo.

A relação homem-animal passou por diversas fases. Dependendo do momento histórico, científico e cultural que se olha, observa-se que em alguns momentos, os animais sequer eram vistos como seres vivos, e em outros, participavam do grupo familiar como verdadeiros membros daquele meio. Nesse sentido, há um reconhecimento de sua senciência e consequente tutela jurídica, como o caso de Portugal, em razão da aprovação do Estatuto Jurídico dos Animais, aprovado por meio da Lei n.º 8/2017, de 1º de maio de 2017.[5,6]

O ser humano desenvolveu com alguns animais uma relação econômica e de subsistência, utilizando-o como força de trabalho, mas também estabelecendo uma relação de amizade e companheirismo. Os principais animais de estimação são os cães e gatos. Embora outros se encaixem nessa categoria, esses são os mais presentes nas famílias brasileiras. No Brasil, 44,3% dos domicílios possuem pelo menos um cachorro e 17,7%, um gato, segundo dados de 2016 da Agência Estado[7].

Nessa premissa, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo Lima[8]assinala: "A ideia de que cães e gatos fazem parte da família é um fenômeno recente que, no Brasil, remete ao final do século XX, momento em que as funções de guarda e controle de pragas, tradicionalmente atribuídas a essas espécies, perdem importância em relação à função de companhia. Esse fenômeno foi, em grande medida, resultado da popularização das raças

4 LOPES, Sônia. Bio: Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 60.

5 PORTUGAL. Lei n. 8/2017, de 1º de maio de 2017. Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro.

6 Ver: FERREIRA, Ana Elizabete; FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. O "novo" estatuto jurídico dos animais não-humanos em Portugal. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. Franca, v. 15, n. 1, jun. 2020

7 AGÊNCIA ESTADO. No Brasil, 44,3% dos domicílios possuem pelo menos um cachorro e 17,7%, um gato. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2016/07/28/interna_nacional,788614/nobrasil-44-3-dos-omicilios-possuem-pelo-menos-um-cachorro-e-17-7.shtml. Acesso em 19 de set 2019.

8 LIMA, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo. Considerações sobre a família multiespécie. Tese de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE. p 2. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/29552/1/TESE%20Maria%20Helena%20Costa%20Carvalho%20de%20Ara%C3%BAjo%20Lima.pdf. Acesso em: 19 de set 2019.

de cães de pequeno porte no país, a partir do qual, nas classes média e alta, os animais de estimação passaram a dividir os espaços de convivência íntima e os mais variados momentos da rotina familiar".

Nesse sentido, observa-se que a família deixou de ser conceituada como aquela formada apenas pela união do homem com a mulher e passou para uma consideração mais ampla, envolvendo as relações de afeto e tornando-se uma entidade familiar multiespécie. Marco Tulio destaca "[...] os animais adentraram no âmbito de convivência e proteção das famílias, sendo considerados como membros destas e não raras vezes, sendo tratados como filhos, haja vista que a ciência já provou que os animais são seres sencientes, dotados de consciência"[9].

A Constituição Federal de 1988, nomeada como "Constituição Cidadã", proporcionou avanços na estrutura social e familiar. Uma delas foi a emergência de uma nova perspectiva da formação de família, com o reconhecimento daquela decorrente do casamento civil, da união estável e da entidade familiar, composta por qualquer dos pais e seus descendentes, vinculados apenas pela reciprocidade do amor.

Nesse contorno, as mudanças acarretaram diversos entendimentos sobre os tipos familiares, expandido as relações que não se encaixam nos moldes tradicionais, alavancando a proteção das relações entres as pessoas e, em muitos casos, entre pessoas e animais, conhecido por famílias multiespécie. Destaca Ceres Berger Faraco: "É a chamada família multiespécie, aquela na qual o conceito de constituição de uma rede de interações entre animais e humanos se dá por um sistema social que distingue o grupo familiar composto por pessoas e seus animais de estimação pelo fato de seus membros se reconhecerem e se legitimarem"[10].

Gerando importantes mudanças na esfera social, o processo de integração dos animais chegou a um ponto em que, como parte significativa da família, passou a ter a necessidade de proteção judicial, uma vez que fazem parte dos relacionamentos familiares passiveis de dissolução.

> A Antrozoologia, nova área do conhecimento que estuda as interações entre seres humanos e animais, tenta explicar a crescente tendência mundial na formação de famílias multiespécies, na maioria dos casos envolvendo cachorros como animais de estimação. Nos estudos são apresentadas diferentes teorias para os laços cada vez mais fortes entre pessoas e bichos. Uma das mais aceitas é que essa crescente associação

9 PIRES, Marco Tulio. Não é mais possível dizer que não sabíamos diz Philip-low. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/nao-e-mais-possivel-dizer-que-nao-sabiamos-diz-philip-low.> Acesso em: 19 de set 2019.

10 FARACO, Ceres Berger. Animais em sala de aula: um estudo das repercussões psicossociais da intervenção mediada por animais. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Faculdade 16 de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

animal se dá como estratégia para enfrentar os desafios da sobrevivência. Humanos e animais de companhia são seres gregários, e ambos gostam de estar em companhia um do outro, além de que os bichos oferecem suporte para a sobrevivência das sociedades. No mundo atual, onde são incentivados o individualismo, a perda de laços familiares e a solidão, a presença dos animais serve como apoio social, fortalece o sentimento de que somos pertencentes à sociedade, amados, e absolutamente necessários para alguém[11].

Há livros e até mesmo filmes[12] que relatam as relações entre humanos e animais, o companheirismo, a sensibilidade e a dor de perdê-los. Mas o que mudou não foi só a forma de cuidar dos animais, mas também as relações afetivas - o bem que faz se relacionar com esses animais. Essas premissas apontam para a importância da presença do animal doméstico nas famílias, acentuando a troca constante de afetividade.

A família multiespécie é ligada pelo vínculo afetivo. Assim como em qualquer tipo de família, sua dissolução nem sempre ocorre de forma harmônica, podendo haver divergências quanto a divisão e posse dos bens materiais, entre as pessoas, e sobre os cuidados e deveres em relação aos animais de estimação. Quando judicializada a dissolução da família multiespécie, cabe ao Estado-Juiz conduzir o processo em busca da solução e da efetiva tutela jurisdicional, seja conciliando as partes ou, regulamentando os cuidados e deveres em prol do melhor interesse do animal.

3. O STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

O Direito Civil Brasileiro separa suas diretrizes em duas categorias: as pessoas e as coisas. O direito das coisas é um conjunto de normas que regem as relações jurídicas das pessoas, regulamentando as relações entre o homem e as coisas, fazendo norma para conservação, alienação, perda e exercício. O direito das pessoas é um conjunto de normas que dizem sobre personalidade, capacidade, direitos e obrigações na ordem civil.

Nesta definição clássica do Direito Civil Brasileiro os animais não humanos são classificados como bens móveis, conforme se depreende o art. 82 do Código Civil, mais especificamente, recebem a denominação de semoventes, sendo objetos de direito e não sujeitos de direito.

Carlos Roberto Gonçalves[13] ensina que a doutrina não é unânime acerca desta distinção entre coisas e bens. Esclarece que, a depender do autor, as coisas são compreendidas como o gênero e os bens como espécie; inversamente, os bens como

11 CAPUANO, Ricardo Luiz. Família multiespécie. Agência de Notícia de Direitos Animais, 2014. Disponível em: < https://www.anda.jor.br/2014/08/familia-multiespecie/> Acesso em: 05 nov. 2019.

12 Como por exemplo: MARLEY & EU. Direção de David Frankel e adaptado pela Twentieth Century Fox. Miami: Regency Enterprises. 2008.

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva 2020, p. 284.

gênero e as coisas como espécie; ou ainda, coisas e bens são entendidos como sinônimos.

Desta forma, para Gonçalves[14]: "Coisa é gênero, do qual bem é espécie. É tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem. Bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico. Somente interessam ao direito coisas suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem". Com supedâneo neste conceito, os animais não humanos se encaixam na categoria de coisa, pois, os únicos seres não considerados coisas, são os seres humanos. Nesta classificação, os animais são concebidos como bens móveis por natureza, que se movem por si só.

O mesmo entendimento é observado na obra de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[15:] "Os semoventes são os bens que se movem de um lugar para outro, por movimento próprio, como é o caso dos animais. Sua disciplina jurídica é a mesma dos bens móveis por sua própria natureza, sendo-lhes aplicáveis todas as suas regras correspondentes (art. 82 do CC/2002)".

Embora o direito civilístico brasileiro considera os animais como bens móveis, ou coisas, a Constituição Federal, em seu art. 225, delineia um novo paradigma, qual seja, o da proteção integral, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.[16]

Enquanto o Código Civil apresenta uma proteção antropocêntrica, que busca proteger o homem, a Constituição Federal amplia a tutela de proteção aos animais. No limite deste comando normativo, a carta maior tutela a proteção dos animais, proibindo práticas cruéis e o abandono, promovendo um giro epistêmico/metodológico na leitura do Código Civil e ao *status* de coisa, bens semoventes, aos animais de estimação.

O status jurídico dos animais vem sendo modificado em vários países. Se no passado não era possível discutir no judiciário acerca dos direitos dos animais, hoje visualiza-se uma posição diferente. A ascensão legislativa animal no século XX vem ocupando espaço no cenário internacional, com reflexos na ordem jurídica interna dos países signatários, como o Brasil.

Em 1978, foi proclamada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, em sessão realizada em Bruxelas - Bélgica, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, posteriormente aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), destacando-se em seu preâmbulo, dentre outros direitos, que o

14 Ibid., p.54.

15 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

16 CF. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

animal é possuidor de direitos, que o respeito do homem com os animais está conectado ao respeito do homem ao seu semelhante e que desde a infância deve-se ensinar a amar os animais[17].

O seu artigo 1º é categórico em afirmar que "todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência". Isto é, igualdade entre os homens e os animais. Imperioso mencionar que no artigo 2º, da referida Declaração, é insculpida a ideia de que o homem é um animal como outro qualquer, devendo respeitar os demais, não podendo exterminar os outros animais ou explorá-los violando esse direito:

> Artigo 2º
> 1. Todo o animal tem o direito a ser respeitado.
> 2. O homem, como espécie animal, não pode exterminar os outros animais ou explorá-los violando esse direito; tem o dever de pôr os seus conhecimentos ao serviço dos animais.
> 3. Todo o animal tem o direito à atenção, aos cuidados e à proteção do homem.

Por força da Declaração Universal de Direito dos Animais surge uma obrigação ético-moral diferenciada em relação aos animais não humanos.

Nesse sentido, Costa e Oliveira[18] entendem que:

> A discussão moral apresentada na Declaração da UNESCO é capaz de gerar reflexos nas legislações internas dos países e não seria diferente no caso do ordenamento jurídico brasileiro. Torna-se, portanto, necessária uma releitura do ordenamento interno que se refira aos animais tendo como referência a Declaração analisada. Simplesmente ser signatário de uma Declaração e não a incorporar internamente leva ao descrédito pela solução ambiental por meio de instrumentos jurídicos, o que traz, muitas vezes, a figura da tão temida descrença jurídica internacional. Deve-se, pois, existir a aderência interna das normas internacionais ao âmbito interno brasileiro, a fim de se evitar a incoerência normativa.

Embora a Constituição Federal de 1988 destaca o amparo aos animais, proibindo a prática de crueldade, a Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017, o §7º ao art. 225 representa um retrocesso, ao estabelecer que "não se consideram cruéis às práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais", conforme as diretrizes informadas pelo § 1º do art. 215 da CRFB/88. Entretanto, de certo modo,

17 UNESCO. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf> Acesso em: 05 nov. 2019.

18 COSTA, Beatriz Souza; OLIVEIRA, Camila Martins. O status jurídico dos animais no direito. In: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata (Coord). Nova ordem ambiental internacional e desenvolvimento sustentável. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 70-94.

há que se reconhecer que pela primeira vez a expressão bem-estar foi utilizada, "[...] que assegure o bem-estar dos animais envolvidos".

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal utilizou deste fundamento em diversos processos, inclusive para proibir e coibir as práticas de "farra do boi" e, "rinhas de galo", tais como os colacionados a seguir, respectivamente:

> Costume - Manifestação cultural - Estímulo - Razoabilidade - preservação da fauna e da flora - Animais - Crueldade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi[19]".
>
> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 11.366/00 do Estado de Santa Catarina. ato normativo que autoriza e regulamenta a criação e a exposição de aves de raça e a realização de "brigas de galo". A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente[20].

Em agosto de 2017, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), aprovou uma alteração na condição dos animais determinada pela lei 10.406/02 no Código Civil. Ainda que a Constituição já garantisse proteção aos animais no Art. 225, VII, na prática e juridicamente, os animais eram considerados como bens inanimados, coisas, objetos.

Com a aprovação do Projeto de Lei 3670/15, do Senado, os animais passaram, então, para a condição de bens móveis, ou seja, úteis para a sociedade, o que, sem dúvidas, representou um avanço. Porém, a luta continuou para que os animais tivessem condições mais dignas. O Deputado Federal Ricardo Izar, autor do projeto de lei PLC 27/2018, apresentou os não humanos como seres sencientes, que têm sentimentos e, portanto, sofrem. O projeto foi rapidamente apelidado de "Animal Não é Coisa", que foi seguido por muitos que lutam pela causa e acabou virando campanha nacional.

A Comissão de Meio Ambiente (CMA) analisou o texto do Deputado Izar e o aprovou, abrindo caminho para que fosse discutido também no Plenário do Senado. Durante a apreciação, o relator do projeto, senador Randolfe Rodrigues, destacou que a matéria não afeta hábitos de alimentação ou práticas culturais e irá contribuir para

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153531, Relator Ministro Francisco Rezek, Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, Publicado no Diário Odi13- 03-1998.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2514 SC, Relator Ministro Eros Grau, Data de Julgamento: 29/06/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-12-2005.

o entendimento da legislação brasileira sobre o tratamento e direito dos animais. Nas palavras do relator Randolfe[21] é uma elevação de status civilizatória. Não há possibilidade de pensarmos na construção humana se a humanidade não tiver a capacidade de ter uma convivência pacífica com as outras espécies. Eles devem ser tratados com dignidade.

O projeto estabelece que os animais passem a ter natureza jurídica *sui generis*, como sujeitos de direitos despersonificados, com acesso a tutela jurisdicional. Desta forma, poderão gozar de instrumentos legais para sua proteção, como *habeas corpus*, por exemplo. O Projeto de Lei aprovado voltará para Câmara dos Deputados, uma vez que sofreu alterações no Senado. O texto também acrescenta dispositivo à lei dos crimes ambientais que determina que os animais não sejam mais considerados bens móveis para fins do Código Civil. Com esta mudança, os animais ganham defesa jurídica em caso de maus tratos, uma vez que não serão mais consideradas coisas, mas seres passíveis de sentir dor ou sofrimento emocional.

4. DA DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL LITIGIOSA

Embora o instituto da separação judicial não tenha sofrido alteração legislativa no Código Civil ou na Lei do Divórcio (Lei sob o n. 6.515/1977), esta não se faz mais necessária para a dissolução matrimonial, sendo o divórcio pautado como instituto autônomo.

O instituo do Divórcio, alterado pela EC 66/2010, deixou ser indireto e passou a ser direto, como explica Flávio Tartuce[22]:

> Como se nota, o Código Civil em vigor, a exemplo do que constava do art. 226, § 6.º, da CF/1988, reconhecia duas modalidades básicas de divórcio: a) Divórcio indireto ou por conversão – aquele que era precedido por uma separação judicial ou extrajudicial, ou até mesmo por uma anterior medida cautelar de separação de corpos com concessão de liminar. Esse divórcio poderia ser judicial (consensual ou litigioso) ou extrajudicial (somente consensual). b) Divórcio direto – havendo separação de fato do casal por mais de dois anos, também assumindo as formas judicial (consensual ou litigioso) ou extrajudicial (somente consensual). Pois bem, a EC 66/2010 aboliu essa divisão, subsistindo apenas o divórcio direto, sem prazo mínimo, que pode ser simplesmente denominado como divórcio. Interessante verificar que o Novo CPC também parece não considerar as duas modalidades anteriores, por utilizar apenas o termo divórcio, especialmente nos seus arts. 731 e

21 SENADO: PL que tira status de "coisas" de animais vai ao plenário. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI306555,81042senado+PL+que+tira+status+de+coisas+de+animais+vai+ao+plenario>. Acesso em: 05 nov. 2019.

22 TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família, 14ª edição. 2019, p. 251.

> 733, que tratam da homologação da sua sentença judicial, em caso de consenso entre os cônjuges; bem como da via extrajudicial.

No Brasil existem três tipos de dissolução da conjugalidade: judicial consensual, judicial litigiosa e extrajudicial consensual. A dissolução judicial consensual e a extrajudicial consensual tem em comum o fato de as partes estarem em acordo tanto quanto a dissolução da conjugalidade, quanto em relação à partilha dos bens, aos alimentos e a guarda dos filhos, isto é, estão de acordo quanto aos termos da separação. A dissolução será judicial quando o casal está de acordo com todos os termos da separação, mas possuem filhos menores de idade ou incapazes, sendo obrigados por lei à propositura de uma ação de dissolução da sociedade conjugal. Deste modo, a partilha dos bens, guarda dos filhos, pensão alimentícia, nome, pensão recíproca, visita, serão tratados perante o Poder Judiciário. Não havendo filhos menores, e estando as partes em acordo com os termos da dissolução da conjugalidade, esta poderá ser feita extrajudicialmente, diretamente em Cartório, sendo obrigatório apenas que as partes estejam acompanhadas de advogado.

A dissolução judicial litigiosa ocorre quando não há acordo sobre algum ponto ou quando uma das partes se encontra reticente em relação ao fim do casamento ou da união. Desta forma, rompido o afeto e o interesse de continuidade do matrimonio, a dissolução litigiosa vem acompanhada de várias questões a serem resolvidas judicialmente, como partilha de bens, futuro da prole, animais de estimação. Não havendo acordo entre as partes, a decisão sobre estas pendências caberá ao magistrado, que deverá julgar conforme a lei os impasses apresentados, inclusive quanto aos animais de estimação, devendo decidir sobre a guarda, alimentação, medicamentos e outros meios de subsistência do *pet*, o que deverá ser feito em prol do melhor interesse e bem estar do animal.

Nessa premissa, Rodrigues[23] assinala:

> Se a genialidade humana não consegue imputar reais valores da vida de todos os seres vivos indiscriminadamente aos indivíduos, se faz necessária a intervenção do direito como meio coercitivo a impor normas de ações e condutas humanas que não agridam os Animais e os valorizem como sujeitos de direitos. [...] Apela-se ao Direito regulador do comportamento do homem a fim de enfocar sua responsabilidade como último possível triunfo em favor dos animais.

O cerne da questão está na grande importância dos animais de estimação nos lares brasileiros, e na sociedade em geral, havendo, assim, a necessidade de melhor observar

23 RODRIGUES, Daniele Tetu. O direito & e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2. ed. Curitiba: Jurua, 2010. p. 106.

as relações a fim de poder garantir o bem-estar social, a vida humana e a vida animal, buscando da melhor maneira obter uma sociedade que protege e garante os avanços das famílias.

5. DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA APLICAÇÃO AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

No Direito de Família, o instituto da guarda consiste no direito de o genitor ou genitora ter o filho em sua companhia, prover a moradia, a assistência material e moral, responsabilizar-se por todas as decisões relativas ao seu bem-estar. De modo geral, é dado ao guardião o dever de decidir sobre escola, médico, religião, atividades extracurriculares, controle de informações, companhias, bem como de poder exigir respeito, obediência, dentre outras.

Cumpre observar preliminarmente que a guarda compartilhada é aquela exercida por ambos os pais, que, conjuntamente, se responsabilizam por todas as decisões relevantes relacionadas ao bem-estar dos filhos, sendo também, o novo modelo de guarda proposto pela legislação civil brasileira,[24] que objetiva manter, apesar da ruptura, o poder familiar de ambos os pais para que os filhos tenham a continuidade da participação de seus genitores e que sejam plenamente cuidados como a lei determina.

No divórcio ou na dissolução da conjugalidade, quando não há concordância entre as partes sobre a partilha de bens, as decisões finais, embora complexas, encontram bases técnicas e jurídicas para tais divisões. Nestes casos, o magistrado pode requerer auxílio de um contabilista, por exemplo. O mesmo não ocorre quando a questão diz respeito a guarda dos filhos ou de animais de estimação, tarefa árdua, pois envolve sentimentos e afetos.

Em relação aos filhos, a alteração proposta pela Lei 13058, de 22 de dezembro de 2014 que disciplina a guarda compartilhada e sua aplicação, alterando dispositivos do Código Civil Brasileiro, constitui um importante norte. Pode o magistrado, também, requerer o auxílio técnico de um profissional da área da psicologia ou assistente social. Em relação aos animais de estimação, porém, inexiste uma lei regulamentadora. A inovação é a possibilidade de guarda compartilhada de animais.

Diante da ausência de regulamentação do tema no que se referem aos seres não humanos, a melhor solução repousa na preservação dos interesses dos animais de estimação que precisam ser tratados como sujeitos de direito e não como coisas ou

24 Art. 1.584.
[...]
§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

objetos de cunho exclusivo econômico.

A simples demonstração da propriedade do animal não é suficiente para a concessão de sua guarda, pois, muitas vezes, a relação afetiva estabelecida entre o não proprietário e o animal é mais forte e saudável do que aquela expressa pelo que comprova a propriedade.

Nos casos concretos, os juízes têm optado por aplicar de forma analógica as normas que regulam a guarda dos filhos, nos termos da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[25]:

> Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.

Embora ainda muitos magistrados seguem a doutrina tradicional, considerando os animais de estimação objetos de direito e não sujeitos de direitos, vêm se tornando frequentes decisões que começam a levar em consideração os interesses dos próprios animais, como sua nova classificação e sua sensibilidade.

Segundo Santana e Pires[26]: "A questão da guarda responsável de animais domésticos é uma das mais urgentes construções jurídicas do Direito Ambiental, visto a crescente demanda que se tem verificado nas sociedades, pois a urbanização cada vez mais crescente vem suplantando hábitos coletivos entre os indivíduos que, isolados em seus lares, têm constituído fortes laços afetivos com algumas espécies, como é o caso dos cães e gatos, transformando-os em verdadeiros entes familiares".

Alguns magistrados levam em consideração a afetividade familiar nessas decisões, uma vez que a motivação precursora delas está no afeto gerado pelo casal ao animal de estimação, levando em consideração o bem-estar do animal, verificando a capacidade dos tutores para garantir que sejam supridas suas necessidades. Ao verificar que a guarda compartilhada não seria a melhor forma de garantir tais necessidades, decidem de maneira condizente para que o conflito seja resolvido sem danos, fundamentando a decisão com base na relação afetiva entre seres sensíveis, humanos e não humanos. Os parâmetros são

25 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1011171-11.2017.8.26.0302, Juiz de Direito Waldemar Nicolau Filho, 2ª Vara Cível, Data de Publicação: DJ 12-01-2018.

26 SANTANA, Luciano R. e PIRES, Thiago. Guarda responsável e dignidade dos animais. Revista Brasileira de Direito Animal v.1, n.1. 2006. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/875>. Acesso em: 06 nov. 2019.

aqueles do Direito de Família.

Porém, esta lacuna e falta de regulamentação em relação aos animais de estimação requer um trato jurídico-normativo, uma inovação na lei brasileira, uma vez que nos processos de guarda de animais de estimação, deve haver, como no caso da guarda dos filhos, a colaboração de um profissional especializado em comportamento animal, para que sejam ponderadas as necessidades, condições e a melhor situação que o animal de estimação ficará após o divórcio de seus tutores.

Por óbvio, que a guarda compartilhada, nem sempre será o melhor caminho para a preservação da saúde, seja ela física ou psicológica, e da qualidade de vida do animal, assim como ocorre com crianças que tem suas guardas compartilhadas por seus genitores, porém, não tem seus interesses resolvidos.

Como salientam Eithne Mills e Akers Kreith [27]:

> Alguns animais de estimação podem custar muito caro para abrigar e manter, e requerem muito espaço, por isso está dentro dos "melhores interesses" para os animais de estimação que o tribunal considere a situação financeira dos proprietários do animal de estimação, o tamanho relativo de sua moradia e outros fatores. Tribunais, no melhor interesse dos animais de estimação, devem estar cientes de todo o potencial do parceiro que detiver a guarda para maltratar o animal simplesmente para ofender o parceiro que não detém a guarda. Nesse contexto, animais domésticos são novamente um pouco diferentes das crianças do casamento. Os tribunais, a partir do ponto de vista psicológico do animal, devem estar cientes da possibilidade de desgaste do animal, se o tribunal decide que o animal resida permanentemente com o outro parceiro. Um parceiro também pode simplesmente ter uma maior aptidão para ser um bom dono para o animal de estimação do que o outro parceiro; e este fato não deve escapar à atenção do Tribunal de Justiça, quando da atribuição de direitos de guarda.

De fato, o juiz precisa ser cauteloso e levar em consideração o interesse das partes litigantes tendo em vista que, por se tratar de processos motivados por uma relação de afeto, a decisão tomada poderá acarretar danos aos animais e danos psicológicos aos humanos envolvidos.

27 MILLS Eithne; KREITH Akers. Quem fica com os gatos. "você ou eu?" Análise sobre a guarda e o direito de visita: questões relativas aos animais de estimação após o divórcio ou a separação. Revista Brasileira de Direito Animal. v. 6, n. 9, 2011. p. 230.
Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11742>. Acesso em: 06 nov. 2019.

6. PROJETO DE LEI 1.058/11 E AS DECISÕES DE GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS NO BRASIL

Em 13 de abril de 2011, o Deputado Dr. Ubiali (PSB-SP), propôs um Projeto de Lei (N. 1.058/11) que teve como objeto "Dispor sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências".

O referido projeto foi analisado (a) pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, que se manifestou pela aprovação, com substitutivo, e (b) pelo relator, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, tendo sido, entretanto, arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.[28]

O Projeto aborda em seu artigo 5º a possibilidade sobre com quem o animal deva ficar se baseando na maior capacidade de criação, como também, versa sobre pressupostos de como o magistrado deve embasar a sua decisão sobre a guarda.

> Art. 5º Para o deferimento da guarda do animal de estimação, o juiz observará as seguintes condições, incumbindo à parte oferecer:
> a) ambiente adequado para a morada do animal;
> b) disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento;
> c) o grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte;
> d) demais condições que o juiz considerar imprescindíveis para a manutenção da sobrevivência do animal, de acordo com suas características[29].

A redação do artigo diz respeito aos direitos básicos dos animais e aborda, também, a possibilidade de guarda unilateral ou compartilhada e versa sobre o direito de visita.

Considerados como membros familiares, o número de demandas judiciais relativas à guarda dos animais de estimação no caso de dissolução do casamento ou da união estável é crescente. E paulatinamente os tribunais vêm reconhecendo o inegável valor do animal na vida familiar e, de forma sistemática, criando uma solida jurisprudência, como, por exemplo, a decisão na apelação civil n.º 0019757-79.2013.8.19.0208, que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relator o Desembargador Marcelo Lima Buhatem, sendo esta julgada em 27 de janeiro de 2015:

28 Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles...
Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava

29 BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 1.058/2011. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=859439&filename=PL+1058/2011>Acesso em: 06 nov. 2019.

> DIREITO CIVIL - Reconhecimento/dissolução de união estável - partilha de bens de semovente - sentença de procedência parcial que determina a posse do cão de estimação para a ex-convivente mulher – Recurso que versa exclusivamente sobre a posse do animal – réu apelante que sustenta ser o real proprietário – conjunto probatório que evidencia que os cuidados com o cão ficavam a cargo da recorrida direito do apelante/varão em ter o animal em sua companhia – animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador do direito - semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família - cachorrinho "dully" que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por estes – vínculos emocionais e afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos - solução que não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, expressando-se, por outro lado, como mais uma das variadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente – parcial acolhimento da irresignação para, a despeito da ausência de previsão normativa regente sobre o tema, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o non liquet, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão dully, exercendo a sua posse provisória, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, das 10:00 hs de sábado às 17:00hs do domingo. Sentença que se mantém[30].

A apelação em questão foi proposta contra sentença de ação de dissolução de união estável concomitante com partilha de bens, momento em que foi solicitada pela apelada, em petição inicial, a guarda do animal de estimação. O apelante contestou a petição inicial afirmando que obteve o animal de estimação para si e, por isso, sempre cuidou, realizou passeios, levou o cão ao veterinário quando necessário e arcou com despesas e vacinações. Contudo, a apelada conseguiu comprovar em conjunto probatório que se tratava da responsável pelo animal de estimação.

Outra decisão que cabe referência é a da 7ª câmara de Direito Privado do TJ/SP, datada de março de 2018, que decidiu, por meio de acórdão nos autos do processo 2052114-52.2018.8.26.0000, que é competência das varas de família decidir ações que versem sobre a guarda compartilhada de animais.

O relator José Rubens Queiroz Gomes[31] alude à afetividade existente entre homem

30 BRASIL. Apelação Civil n.º 0019757-79.2013.8.19.0208. 22ª Câmara Civil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relator Desembargador Marcelo Lima Buhatem, julgado em 27/01/2015.

31 BRASIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO 2052114-52.2018.8.26.0000. 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, RELATOR JOSÉ QUEIROZ GOMES, JULGADO EM 23/03/2018.

e animal e alega que: "há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial".

Reconhecer aos animais determinados direitos não pressupõe equipará-lo a um ser humano, mas também não é possível permanecer na atual situação. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema, em decisão, no dia 16/06/2018, definindo que:

> Os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Destarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar[32].

A crescente demanda ao judiciário para enfrentamento do tema evidencia a necessidade de uma lei que regulamente a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução da conjugalidade, garantindo às partes segurança jurídica e possibilitando ao magistrado manifestar-se com maior respaldo legal, entregando a tutela com efetivação de seus direitos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto no decorrer do estudo, o fim de um relacionamento conjugal traz situações nem sempre contempladas no ordenamento jurídico. Os animais de estimação enquadram-se nestas situações. Afinal, ambas as partes criaram laços de afeto com o animal de companhia e, portanto, é justo que queiram manter os laços de afeto com o "pet". Aqui não cabem nem a solução salomônica, nem as balizas que orientam a partilha dos bens adquiridos na constância da relação de conjugalidade. Uma nova realidade se apresenta ao judiciário.

Também importa ressaltar os avanços normativos e a proteção do animal nas

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1713167/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/06/2018, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2018.

Constituições nacionais (Suiça, Alemanha, Luxemburgo, Índia) e, no plano jurídico-civil, a revisão do estatuto jurídico dos animais no direito civil -que anteriormente, os qualificava como meras coisas semoventes, e passam a serem considerados seres vivos com sensibilidade, como expresso no art. 201 do Código Civil Português.

No plano do direito das famílias, pertinente a nota ao direito português, que assinala que no plano das relações conjugais, os animais de estimação não integram a comunhão geral de bens, e no caso de divórcio por mútuo consentimento, impõe-se a existência de acordo sobre o destino dos animais de estimação e que o destino dos animais de estimação deve ser definido tendo por base os interesses de cada cônjuge, dos filhos do casal e do próprio bem estar do animal.

No Direito brasileiro observa-se a falta de legislação que regulamente a guarda dos animais domésticos de estimação. Por analogia tem-se seguido o instituto da guarda compartilhada aos ex-cônjuges em processo de divórcio litigioso, reconhecendo, a doutrina e a jurisprudência que os animais, de um modo geral e especialmente os de estimação, são seres sencientes, cuja capacidade de sentir emoções já é cientificamente comprovada. Esses animais, à medida que convivem nas famílias, desenvolvem um vínculo afetivo com seus proprietários. Entretanto, entende-se que esta solução – o uso da analogia – deve constituir-se fato provisório, pois o que as partes realmente buscam é a resolução de seus conflitos envolvendo seus animais e não seus filhos propriamente ditos.

O reconhecimento dos animais domésticos ou de estimação, como sujeitos de direitos, e, portanto, aplicável a analogia da guarda compartilhada, constitui um primeiro passo, uma atualização jurisprudencial sobre a questão. Mas acompanhando os avanços legislativos de outros países, fica evidente a necessidade de uma atualização do diploma civil-normativo, especialmente no plano do direito de família, em um diálogo contínuo entre o Direito e a realidade.

Importa destacar que do ponto de vista prático-jurídico será sempre necessário apostar na defesa do reconhecimento de deveres dos seres humanos que têm por objeto os animais e que se destinam à proteção do seu bem estar, fazendo-se acompanhar de meios jurídicos sancionatórios efetivos para garantir o seu cumprimento.

O bem estar animal tem adquirido progressivamente o estatuto de bem jurídico relevante e merecedor, em crescente intensidade, da mais efetiva proteção jurídica.

Assim, a fim de trazer segurança jurídica no trato da matéria, mas, acima de tudo, atender aos interesses de todos os envolvidos, entende-se necessário ver definidas e reguladas no Código Civil as questões como guarda, compartilhada ou não, visitas e alimentos dos animais de estimação, nos casos de dissolução da conjugalidade.

8. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. *No Brasil, 44,3% dos domicílios possuem pelo menos um cachorro e 17,7%, um gato.* Disponível em: < https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2016/07/28/interna_nacional,788614/nobrasil-44-3-dos-domicilios-possuem-pelo-menos-um-cachorro-e-17-7.shtml>. Acesso em 19 de set 2019.

BRASIL. *Agravo De Instrumento 2052114-52.2018.8.26.0000.* 7ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator José Queiroz Gomes, Julgado em 23/03/2018.

BRASIL. *Apelação Civil N.º 0019757-79.2013.8.19.0208*. 22ª Câmara Civil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Marcelo Lima Buhatem, Julgado em 27/01/2015.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei nº 1.058/2011.* Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1713167/SP*, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/06/2018, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2514 SC*, Relator Ministro Eros Grau, Data de Julgamento: 29/06/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-12-2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 153531*, Relator Ministro Francisco Rezek, Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, Publicado no Diário Odi13- 03-1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1011171-11.2017.8.26.0302*, Juiz de Direito Waldemar Nicolau Filho, 2ª Vara Cível, Data de Publicação: DJ 12-01-2018.

CAPUANO, Ricardo Luiz. *Família multiespécie.* Agência de Notícia de Direitos Animais, 2014. Disponível em: < https://www.anda.jor.br/2014/08/familia-multiespecie/> Acesso em: 05 nov. 2019.

COSTA, Beatriz Souza; OLIVEIRA, Camila Martins. O status jurídico dos animais no direito. In: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata (Coord). *Nova ordem ambiental internacional e desenvolvimento sustentável.* Belo Horizonte: Arraes, 2014.

FARACO, Ceres Berger. *Animais em sala de aula: um estudo das repercussões psicossociais da intervenção mediada por animais.* Dissertação (Mestrado em Psicologia). Faculdade 16 de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

FERREIRA, Ana Elizabete; FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. O "novo" estatuto jurídico dos animais não-humanos em Portugal. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca.* Franca, v. 15, n. 1, jun. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro.* 17.ed. São Paulo: Saraiva 2020.

LIMA, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo. *Considerações sobre a família multiespécie.* Tese de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE. p 2. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/29552/1/TESE%20Maria%20Helena%20Costa%20Carvalho%20de%20Ara%C3%BAjo%20Lima.pdf.> Acesso em: 19 de set 2019.

LOPES, Sônia. *Bio: Volume Único.* São Paulo: Saraiva, 2008.

MARLEY & eu. Direção de David Frankel e adaptado pela Twentieth Century Fox. Miami: Regency Enterprises. 2008.

MILLS Eithne; KREITH Akers. *Quem fica com os gatos. "você ou eu?"* Análise sobre a guarda e o direito de visita: questões relativas aos animais de estimação após o divórcio ou a separação. Revista Brasileira de Direito Animal. v. 6, n. 9, 2011. p. 230. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11742>. Acesso em: 06 nov. 2019.

PIRES, Marco Tulio. *Não é mais possível dizer que não sabíamos, diz Philip-low.* Disponível em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/nao-e-mais-possivel-dizer-que-nao-sabiamos-diz-philip-low.> Acesso em: 19 de set 2019.

PORTUGAL. Lei n. 8/2017, de 1º de maio de 2017. Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro.

SANTANA, Luciano R. e PIRES, Thiago. *Guarda responsável e dignidade dos animais. Revista Brasileira de Direito Animal*, v.1, n.1. 2006. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/875>. Acesso em: 06 nov. 2019.

SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *INTERthesis*, Florianópolis, v.12, n.1, p.102-116, Jan-Jun. 2015.

UNESCO. *Declaração Universal Dos Direitos Dos Animais.* Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf > Acesso em: 05 nov. 2019.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 03.12.2020
Aceito em: 18.12.2020

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICOS E A COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Accumulation of posts, jobs and public functions and the compatibility of hours in the light of Federal Constitution and Brazilian jurisprudence

João Guilherme Alves Pereira[1]
Vinicius de Almeida Gonçalves[2]

RESUMO

O estudo tem como objetivo analisar, à luz da Constituição Federal e da jurisprudência pátria, o instituto da acumulação de cargos, empregos e funções tanto da Administração Pública direta, como indireta, apresentando a mudança de posição da AGU sobre o tema, em sintonia com a jurisprudência consolidada do STF e a necessária regulação em respeito ao disposto na CF e aos princípios básicos da Administração pública, notadamente o princípio da eficiência.

Palavras-chave

Constituição Federal; Acumulação de Cargos; Limitação de Horas.

ABSTRACT

The study aims to analyze, in the light of the Federal Constitution and Brazilian jurisprudence, the institute of the accumulation of posts, jobs and functions of both direct and indirect Public Administrations, presenting the change of position of the AGU on the subject, in line with the consolidated jurisprudence of the STF and the necessary regulation in compliance with the provisions of the CF and the basic principles of public administration, notably the principle of efficiency.

Keywords

Fede ral Constitution; Accumulation of Posts; Limitation of Hours.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Acumulação de cargos públicos; 3. Compatibilidade de horários; 4. Efeitos da acumulação ilícita; 5. O parecer GQ - 145/98 da Advocacia-Geral da União (AGU). 6. Nova interpretação e preservação das decisões administrativas até então exauridas. 7. Considerações finais. 8. Referências.

SUMMARY: *1. Introdução. 2. Análise histórica da polícia civil de Mato Grosso do Sul e sua função na segurança pública 3. A constituição federal e os direitos fundamentais. 4 O Estado como responsável pelo fornecimento de recursos para a PC/MS. 5. O sucateamento da polícia civil. 6. O que a falta de recursos influencia nas tarefas da polícia civil de Mato Grosso do Sul. 7. Considerações finais. 8. Referências.*

1 Discente no curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN).

2 Bacharel em Direito. Especialista em Direitos Humanos e Cidadania; Especialista em Direitos Difusos e Coletivos. Docente do curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). E-mail: vinicius.goncalves@unigran.br

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, em seu trato com os administrados e com seus próprios agentes, deve obedecer a alguns princípios enunciados no caput do art. 37 da Constituição Federal, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Para concretização destes princípios, o legislador Constituinte instituiu mecanismos de aplicação para materialização desses preceitos, dentre os quais aquele previsto expressamente no art. 37, inciso XVI, da CRFB/88, referente a acumulação de cargos.

A Constituição Federal é específica em tratar das hipóteses de acumulação e das circunstâncias em que é permitida. Expressamente consigna em seu corpo os cargos em que acumulação é permitida, de forma que, hipóteses de acumulação que não estejam devidamente previstas da Constituição Federal não estão amparadas pela constitucionalidade.

Nem todos os cargos passíveis de acumulação estão previstos no artigo 37, inciso XVI da CF. Há, em outros dispositivos do texto constitucional, nomeação ao referido instituto em situações concretas, como é o caso dos vereadores, exposto no artigo 38, inciso III, do mesmo diploma.

Nesta senda, tendo a Lei Maior trazido as possibilidades de acumulação e os requisitos para essa concessão, parece tanto para a doutrina como para a jurisprudência, que a exigência da chamada "compatibilidade de horários" foi feita de forma genérica, de modo que possibilita uma interpretação dúbia, gerando uma dispersão de entendimentos.

A AGU, órgão vinculado ao Poder Executivo, visando balizar o tema, emitiu o Parecer GQ-145, aprovado pela Presidência da República, vinculando toda a Administração. Esse Parecer trouxe uma "complementação" objetiva para a matéria de acumulação, trazendo à discussão desse instituto a figura da limitação da carga horária semanal, e, em respeito ao princípio da eficiência, a salvaguarda à saúde do servidor que desempenha dois cargos cumulados, e a proteção aos usuários dos serviços públicos.

Essa nova interpretação motivada pelo Parecer GQ-45 -AGU, motivou o surgimento de uma corrente positivista a respeito da não possibilidade de acumulação dos cargos que perfazem um quantitativo superior a sessenta horas semanais, que ganhou respaldo e ao mesmo tempo afastamento dessa limitação em decisões dos principais tribunais superiores do país (STJ e STF), bem como no órgão de controle da Administração Pública (TCU).

Diante dessas divergências de entendimento, este artigo tem como principal objetivo descrever o estado da arte em relação ao acúmulo de cargos públicos, apresentar uma análise do Parecer GQ 45- AGU e sua revogação, bem como das decisões que legitimavam a possibilidade da Administração Pública em limitar a carga horária semanal

nos casos permissivos de acumulação, em guarida a aplicação do princípio da eficiência, quanto daquelas que afastavam tal posicionamento.

2. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

A Carta Magna, no seu art. 37, XVI, elenca a seguinte regra geral "é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI".

Portanto, a Constituição Federal veda, em regra, a acumulação remunerada de cargos, empregos ou funções públicas. Todavia, alguns casos expressamente consignados são admitidos. Para as hipóteses em que a acumulação é admitida, a única exigência constitucional é a compatibilidade de horários.

O inciso XVII do mesmo artigo, dispõe que essa exceção constitucional se estende a empregos e funções, englobando a Administração Pública indireta, a saber: autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta e indiretamente, pelo poder público.

As hipóteses de acumulação estão presentes na própria Constituição Federal, que admite apenas a existência de dois cargos a serem acumulados, não sendo possível a acumulação tríplice[3]. São estas: a) 02 (dois) cargos de professor; b) 01 (um) cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) 02 (dois) cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; d) Cargo, emprego ou função pública com mandato de Vereador; e) Cargo da Magistratura e uma função de magistério; f) Cargo de Promotor ou Procurador de Justiça e uma função pública de magistério.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, ao apreciar os Recursos Extraordinários nº 602.584/DF e nº 612.975/MT, que versam sobre a incidência do teto remuneratório aplicado as hipóteses de acumulação, a seguinte tese de repercussão geral: "Nos casos autorizados, constitucionalmente, de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público".

Veja-se, desde já, que não existe qualquer relação com a limitação de carga horária semanal. Não se exige máximo de horas, nem tipos de regime, mas tão somente compatibilidade.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 781.

3. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS

Conforme informado, para que ocorra a acumulação de cargos é necessário a demonstração da compatibilidade de horários de ambos os cargos, de maneira que seja natural, normal e nunca de maneira a favorecer os interesses de quem quer acumular.

Na mesma linha, Cretella Júnior[4] assim leciona: "Compatibilidade de horários é, ao contrário do que parece, o desencontro de horários, a inajustabilidade de horários, a descoincidência ou não de horários, ocorrida quando houver possibilidade do exercício de dois cargos, em horários diversos, sem prejuízo do número regulamentar das horas de trabalho dedicadas a cada emprego".

A previsão da compatibilidade como requisito vai de encontro ao princípio da eficiência, tendo em vista que sua inobservância comprometerá o exercício da função pública, ou seja, as exigências legais de desempenho do cargo ou emprego acumulados poderão ser ineficientes.[5]

Nessa linha de compreensão poderia se entender a eficiência do serviço prestado, de modo que a acumulação deveria respeitar tanto o expediente funcional, o início e o término do expediente, de modo que não houvesse sobreposição de horários, assim como o intervalo de repouso, garantindo a preservação da higidez física de mental do servidor.

A ausência de uma definição legal de compatibilidade de horários e ao mesmo tempo a necessidade de atendimento ao princípio da eficiência, provocaram a manifestação da AGU, que, ao emitir o Parecer GQ 45- AGU, implanta um novo posicionamento ao adotar o critério objetivo do requisito de compatibilidade, inaugurando a limitação de horários.

4. EFEITOS DA ACUMULAÇÃO ILÍCITA

A acumulação de cargos é medida excepcional prevista na Constituição Federal, de modo que devem ser analisadas as hipóteses permissivas e a respectiva compatibilidade de horários. Neste sentido, a Administração Pública, no ato de admissão daquele que desempenha ou desempenhará dois cargos públicos, deverá proceder a uma verificação administrativa para efeitos de aplicação do instituto da acumulação previsto na Constituição Federal, verificação esta que é iniciada por intermédio de um processo administrativo, sendo este capaz de reunir todos os atos praticados pela Administração

4 CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição 1988, arts. 23 a 37. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, v. 4. p. 2215.

5 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 751-752

bem como pelo servidor, garantindo-lhe a oportunidade de se manifestar perante a autoridade administrativa, produzir provas ou requerer provas.

Como bem assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[6] a Administração Pública deve atuar de forma transparente, por meio de um processo administrativo que garanta aos administrados e aos cidadãos a devida prestação de seus atos, munidos pelos princípios da legalidade e impessoalidade, de forma a não gerar angústia e opressão àquele que está vinculado direta ou indiretamente com o Estado. Assim expressa:

> Na Lei nº 9.784/99, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão mencionados no artigo 2º, entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública.
> O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas. É o que decorre do artigo 5º, LV, da Constituição e está também expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os "direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.[7]

É pacífica a orientação jurisprudencial quanto à ampla defesa e o contraditório no âmbito dos processos administrativos disciplinares, tendo em vista que não se trata de um procedimento inquisitivo, devendo-se, portanto, respeitar as disposições constitucionais de defesa e do processo legal, sendo distinta, entretanto, daquela dos processos judiciais. Nos processos administrativos disciplinares não existe a obrigatoriedade da defesa técnica por intermédio de advogado, sendo claro o Supremo Tribunal Federal ao afirmar que a falta do advogado nos casos de competência dos processos administrativos disciplinares não viola a Constituição Federal. Conforme a Súmula Vinculante nº 5 do STF: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição'.[8]

No campo da legislação infraconstitucional, o procedimento disciplinar adotado para verificação da acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções, é regulamentado pelo art. 133 da Lei nº 8.112/90. Com efeito, quando for detectada a acumulação ilícita de cargos deve a autoridade instauradora notificar o servidor envolvido por meio de sua chefia imediata, oferecendo ao servidor um prazo de dez dias, para que este venha escolher um dos cargos para permanecer vinculado. Consequentemente, do cargo preterido será exonerado o servidor.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito administrativo, 2018.
7 DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit. p. 873-874.
8 Disponível em: Aplicação das Súmulas no STF :: STF - Supremo Tribunal Federal.

A instauração do Processo Administrativo Disciplinar não se dá de ofício, mas segue rito próprio, devendo a Administração primeiro notificar o servidor para que se manifeste e escolha qual cargo permanecerá e qual cargo ensejará exoneração. Conforme dispõe o Manual de Processo Administrativo da CGU: "Nesse período, poderá o servidor acusado optar por um dos cargos acumulados, prevalecendo o princípio da boa-fé, o que afastará a aplicação de penalidade, resultando apenas na exoneração a pedido do cargo. É o segundo e último momento em que o servidor pode escolher um dos cargos, onde se configura, ainda, a presunção de boa-fé".[9]

Havendo omissão do servidor, ou defesa contrária à notificação da Administração, então será iniciado o PAD, seguindo o procedimento sumário, com as fases de instauração, instrução sumária e julgamento.

5. O PARECER GQ - 145/98 DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU)

A Advocacia-Geral da União (AGU), órgão representante do Poder Executivo, é uma instituição pública que objetiva a representação da União no campo judicial e extrajudicial, cabendo-lhe, também, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico a este Poder.

Diante das pouquíssimas explanações envolvendo a matéria de acumulação de cargos, além de sua incapacidade jurídica e doutrinária de solidificar o conceito da "compatibilidade de horários", abriu-se espaço, diante dessa lacuna, para normatização objetiva desse instituto.

Nesse contexto, foi então exarado o Parecer GQ-145/98 da AGU, o qual previa a análise da acumulação de cargos sob o critério objetivo, de modo a facilitar ao Administrador a aplicação da norma constitucional.

Os pareceres editados pela Advocacia-Geral da União, com a respectiva sanção presidencial, têm efeito vinculante quanto à sua aplicabilidade para os órgãos da Administração Pública Federal, conforme dispõe: "O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento" (BRASIL, 1993).

5.1 Limitação da carga horária fixada e aplicação

Este Parecer tratou do instituto da acumulabilidade, por meio da limitação de horas da jornada de trabalho, de forma a limitar um quantitativo máximo de carga horária

9 BRASIL. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Controladoria-Geral da União: Brasília 2019. p. 324.

a ser acumulada. Ainda, se preocupou com a preservação da higidez física e mental do servidor, levando em conta que uma excessiva jornada de trabalho pudesse influenciar de forma prejudicial à saúde do servidor. É o que dispõe no Item 15 do citado Parecer, vejamos:

> De maneira consentânea com o interesse público e do próprio servidor, a compatibilidade horária deve ser considerada como condição limitativa do direito subjetivo constitucional de acumular e irrestrita sua noção exclusivamente à possibilidade do desempenho de dois cargos ou empregos com observância dos respectivos horários, no tocante unicamente ao início e término dos expedientes do pessoal em regime de acumulação, de modo a não se abstraírem dos intervalos de repouso, fundamentais ao regular exercício das atribuições e do desenvolvimento e à preservação da higidez física e mental do servidor. É opinião de Cretella Júnior que essa compatibilidade «deve ser natural, normal e nunca de maneira a favorecer os interesses de quem quer acumular, em prejuízo do bom funcionamento do serviço público (BRASIL, 1998).

A própria ementa do referido parecer trouxe o entendimento de que é ilícito a possibilidade de acumulação de cargos em que os servidores perfaçam um total de oitenta horas semanais, justificando que nessa situação, não estaria sendo atendido o requisito da compatibilidade de horários.

Sendo essa uma concepção mais subjetiva, traduz a ideia de preservação da higidez física e mental do servidor, tendo em vista que a excessiva carga horária possa influenciar nas atividades laborais do agente público, podendo até mesmo, transmitir em ociosidade, em imprudência, e erros.

Em muitos julgados há essa conclusão, de que o servidor que acumula uma excessiva carga horária diária, sem o devido descanso proporcional, gera riscos tanto a sua saúde como as daqueles a quem presta suas funções,

> [...] Com efeito, as citadas disposições constitucionais e legais devem ser interpretadas levando-se em conta a proteção do trabalhador, bem como a do Paciente. Não se deve perder de vista que a realização de plantões sucessivos e intensos coloca em risco a segurança do trabalho, bem como a saúde dos profissionais e dos pacientes por eles atendidos. Trata-se, portanto, de direito fundamental que, como sabido, não pode ser objeto de livre disposição por seu titular. Assim, a análise da compatibilidade de horário não deve ser apreciada como a simples ausência de choque de horários de exercício efetivo do trabalho, mas deve-se ter o cuidado de garantir ao trabalhador o tempo para refeição, deslocamento e descanso necessários e suficientes para a sua adequada recuperação, a fim de não comprometer a qualidade do serviço por ele prestado, especialmente considerando tratar-se de profissional da área

> de saúde, que executa tarefa notoriamente exaustiva".[10]

A previsão da impossibilidade de acumulação caso seja observada a jornada superior a 60 (sessenta) horas semanais, é com base no entendimento expansivo do Parecer GQ-145/98 da AGU. Em momento algum invoca que não é possível a acumulação acima de sessenta horas, a impossibilidade que se refere é sobre a jornada que perfaça um total de oitenta horas semanais.

Nesta senda, o item 24 do Parecer reflete o que foi demonstrado:

> Tem-se como ilícita a acumulação de cargos ou empregos em razão da qual o servidor ficaria submetido a dois regimes de quarenta horas semanais, considerados isoladamente, pois não há possibilidade fática de harmonização dos horários, de maneira a permitir condições normais de trabalho e de vida do servidor.

Porém, em consulta realizada pela Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Pará em 2014, para conhecimento e providências quanto a limitação de horas semanais, o Departamento de Consultoria da AGU emitiu o Parecer nº 03/2014/DEPCONSU/PGF/AGU, reafirmando entendimento de que não é possível o acúmulo de cargos com jornada acima de sessenta horas. Vejamos:

> Assim, em resposta consulta formulada, conclui-se que, independentemente de considerações de ordem fática quanto compatibilidade de horários ausência de prejuízos às atividades dos cargos/empregos acumulados, posicionamento vinculante para Administração Pública Federal como um todo no sentido de não ser possível acumulação que ultrapasse limite de 60 horas semanais.

Por fim, com a respectiva orientação da AGU consoante com as decisões dos principais tribunais do país em confirmar a impossibilidade de acumulação quando a carga horária perfaça uma quantidade superior a sessenta horas, muitos órgãos da Administração Pública aplicavam essa visão objetiva nas contratações de servidores, em muitos casos, inclusive, constando nos próprios editais de concurso público essa vedação.

5.2 Alteração de entendimento da AGU

Em 2017, por meio da Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017, a AGU reformou seu entendimento e afirmou que:

10 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1677463 RS 2017/0145654-9, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Pulbicação: DJ 08/08/2017.

> A Compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

Percebe-se que com esse novo entendimento a limitação de horas deixa de ser objetiva, impondo a Administração o dever de demonstrar a inexistência de sobreposição de horários, a inexistência de prejuízo a carga horária e as atividades exercidas.

Com esse novo paradigma, em 2019, o Parecer GQ-145 – AGU foi revogado pela atual gestão, de modo que prevaleceu o entendimento de que é inválida a regulamentação administrativa que impõe limitação de carga horária semanal como óbice a acumulação de cargos.

6. NOVA INTERPRETAÇÃO E PRESERVAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS ATÉ ENTÃO EXAURIDAS

A segurança jurídica, um dos princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, reforça a ideia da possibilidade de alteração da norma-regra, além de, nova interpretação da norma-princípio sobre algumas matérias, de modo que, em decorrência da evolução social ou alteração legislativa é possível que uma norma seja interpretada diferente.

Porém, a possibilidade da alteração da norma-regra/norma-princípio pode gerar alguns efeitos, sendo eles retroativos ou não. A segurança jurídica tem importante papel no momento da aplicação dos efeitos, de forma que sua nova interpretação pode afetar situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior.

Como bem leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa[11].

11 DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit. p. 152.

A vedação à retroatividade dos atos é regra, porém, quando a Administração evidenciar a inobservância da lei em atos praticados, a Administração tem o poder/dever de anular esses atos, sendo seus efeitos capazes de retroagirem até o ato ilegal.

A mera nova interpretação não é motivo suficiente para retroagir seus efeitos. Evidente que o Direito se adequa ao momento em que se perpetua, de forma que é possível uma interpretação da lei mudar pelo simples transcurso do tempo, demonstrada a necessidade da mudança.

Até então, diante das divergências de entendimento sobre a matéria, é possível notar uma evidente desarmonia de decisões dos principais tribunais do país. Fica claro, que em alguns casos a jurisprudência decide pela aplicação da limitação de horas em virtude do princípio da eficiência, e em outros momentos afasta qualquer limitação e implica no dever de apuração da Administração em demonstrar a inexistência de sobreposição de horas e ausência de prejuízos as atividades desempenhadas.

Pelas divergências de decisões que até então pairavam nos principais Tribunais do país e nos órgãos da Administração Pública, com a revogação do Parecer GQ-145-AGU foi orientado que a Administração Pública Federal adotasse a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor. Devendo-se manter inalteradas, portanto, as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial. (BRASIL, 2017).

6.1 Entendimento dos Tribunais

6.1.1 Tribunal de Contas da União

No ano de 2004, o Tribunal de Conta da União, no Acórdão nº 2.860/2004 - 1ª Câmara, em julgamento sobre a possibilidade de acumulação de dois cargos públicos cuja carga horária de cada uma perfazia 40 horas, entendeu pela ilegalidade. No mesmo julgado, entendeu pela receptividade do Parecer GQ-145 da AGU, de modo que a admissão do servidor nas hipóteses de acumulação não ultrapassasse as 60 (sessenta) horas semanais.

O entendimento de que a jornada máxima de sessenta horas para acumulação se consolidou nos julgamentos posteriores, apesar de o texto constitucional, para efeito da verificação da compatibilidade de horários, não aludir expressamente à duração máxima da jornada de trabalho, as condições objetivas para a acumulação de cargos devem ser aferidas sob uma ótica restritiva, uma vez que a hipótese de acumulação constitui exceção à regra geral da não-acumulação. (TCU, Acórdão 2.242, 2007).

No Acórdão nº 5.257/2009 – 2º Câmara, o TCU mudou seu entendimento

sobre a matéria, substituindo o critério da jornada máxima de 60 horas por uma análise casuística da compatibilidade de horários. Nesta oportunidade, o Tribunal entendeu pela necessidade de solucionar o caso concreto com base em suas circunstâncias particulares, assim como, ao dizer que a acumulação lícita de cargos não está sujeita a jornada máxima, haja vista a inexistência de disposição legal a respeito.

A partir do Acórdão nº 5.257/2009, a Corte de Contas nos julgamentos posteriores passou a adotar o enfatizar a necessidade de efetiva verificação da ausência de prejuízo nas atividades desempenhadas, afastando por vez a limitação em 60 (sessenta) horas, conforme se verifica nos seguintes acórdãos recentes da Corte: Acórdãos nº 3.127/2015 e nº 1.412/2016, todos do Plenário do TCU.

6.1.2 Superior Tribunal de Justiça

No Mandado de Segurança nº 15.415 – 1º Seção, o STJ adotou o entendimento de que cumpre à Administração Pública comprovar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando tão somente cotejar o somatório de horas, com o padrão derivado de um parecer ou, mesmo de um Decreto.

Esse entendimento se baseou em precedentes dos Tribunais Regionais Federais, tendo em vista que até aquele momento inexistia jurisprudência firmada no STJ. Dentre os julgados da Justiça Federal apontados no voto do relator Ministro Humberto Martins, incidem que por não existir previsão constitucional ou em Lei Federal sobre a jornada máxima acumulada, a condição do Parecer não poderia ser manejada como se firmasse um parâmetro legal, devendo a identificação da compatibilidade de horários requerer uma análise fática, não bastando tão somente a verificação da carga horária semanal.

Tal entendimento predominava nas decisões do Tribunal até então. Porém, em 2015, o Superior Tribunal de Justiça reviu seu posicionamento, atendendo ao Parecer GQ145 e decidindo favoravelmente pela ilicitude da acumulação de cargos ou empregos públicos com carga horária semanal superior a 60 (sessenta) horas semanais. Conforme preconiza a decisão do MS nº 19.336.

Esse novo entendimento paradigma do STJ reforçou a ideia de que a possibilidade de acumulação deve ser tida como exceção, e em consequência, receber interpretação restritiva. Alega ainda, que ao ser aplicada a exceção constitucional da acumulação de cargos e empregos públicos deve ser analisado o critério do princípio da eficiência, observando a necessidade de o servidor público "estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho" (BRASIL. STJ, MS 19.336, 2014).

Ainda, sustentou para fundamentação da decisão, a jurisprudência até então adotada pelo Tribunal de Contas da União, no qual via razoabilidade da jornada máxima

em 60 (sessenta) horas em respeito ao princípio da eficiência.

Esse entendimento perdurou em muitas outras decisões do Tribunal, porém, novamente em mudança de entendimento, dessa vez buscando o alinhamento com as decisões da Corte de Contas e do Supremo Tribunal Federal, passou a afastar de vez a limitação da jornada de trabalho, devendo apenas ser analisado em cada caso a compatibilidade de horários, conforme se observa nos seguintes julgados recentes: REsp 1763479/RJ; REsp 1773897/RN e AgInt nos EDcl no AREsp 1292140/SP.

6.1.3 Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte entende que a compatibilidade de horários decorre da simples inexistência de sobreposição entre as jornadas a que submetido o servidor público, considerando inconstitucional a limitação de carga horária nas decisões administrativas que impõe impedimento para acumulação.

O Decreto Estadual nº 13.042/89 – RJ, entendia pela ilicitude da acumulação de cargos cuja carga horária ultrapasse 65 horas semanais, fazendo com que o servidor buscasse a redução da carga horária ou que a Administração declarasse de plano a impossibilidade de acumulação. Ainda, sob essa perspectiva, justiçou que a hipótese do §2º do art. 17 do ADCT deveria ser interpretado em conjunto com o art. 37, inciso XVI, ou seja, condicionada a compatibilidade de horários.

Inaugurando a matéria no STF, a Ministra Ellen Gracie, no RE. 351905, manifestou seu entendimento sobre a limitação de carga horária por norma infraconstitucional: "É lícito ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à lei e à Constituição. Não pode, entretanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista, como fez o Estado do Rio de Janeiro no presente caso, fixando verdadeira norma autônoma".

Em outras oportunidades o STF se manifestou sobre a matéria, firmando que a jurisprudência da Corte Maior é da possibilidade de acumulação de cargos e empregos públicos desde que haja compatibilidade de horários, afastando que qualquer análise o requisito objetivo da limitação de horas, como julgado na Decisão do AI 762427 "Não encontra suporte legal e afronta o texto constitucional a vedação de acumulação de cargos quando a jornada de trabalho ultrapassar 60 (sessenta) horas semanais" (BRASIL, STF, 2011).

A jurisprudência da Suprema Corte é totalmente contrária a tese da limitação de horas, entendendo pelo afastamento de norma infraconstitucional em criar limitação ao dispositivo constitucional. Por sua vez, ocorrendo demissão de servidor ou não oportunizando a acumulação de cargos, o servidor será reintegrando ao cargo, conforme decisão RMS. 34608/2019.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado no decorrer do estudo, a acumulação de cargos é medida excepcional prevista na Constituição Federal de 1988, exigindo para tanto, que nas hipóteses permitidas, seja analisado a compatibilidade de horários.

A complexidade do tema e sua importância para a Administração pública foi a motivação da AGU para, através do Parecer GQ-145/98, normatizar, de forma objetiva, o instituto da acumulação de cargos e "compatibilidade de horários", orientação que prevaleceu até 2017. Em março de 2017, por meio da Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, a AGU reformou seu entendimento afirmando que a compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos, agora em sintonia com a jurisprudência do STF, totalmente contrária a tese da limitação de horas, entendendo pelo afastamento de norma infraconstitucional em criar limitação ao dispositivo constitucional. O mesmo entendimento é observado nas decisões recentes do STJ.

É de se notar a importância, para a Administração Pública, a observâncias dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. De outro norte, não se pode, também, sem a devida construção legislativa, restringir direitos expressos na Carta Maior, cuja observância se faz sempre presente e necessária.

A discussão sobre acumulação de cargos na Administração Pública, em especial no que se refere ao acúmulo de horas, em razão das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, certamente ainda vai se manter sob holofotes, principalmente quando analisamos a influência do princípio da eficiência nos serviços públicos.

A análise desse princípio exige pensar sobre a excelência das atividades desenvolvidas pelo servidor, de modo que uma excessiva carga horária pode ocasionar uma má prestação do serviço, além de gerar um risco à saúde do próprio servidor, tendo sua saúde física e mental, seus repousos e seu convívio social ameaçado com uma quantidade de horas excessiva.

Por fim, com o reconhecimento da ilegalidade de dispositivo infraconstitucional em concretizar a limitação de horas, é possível que essa matéria se faça presente em próximas

discussões no Legislativo, o qual poderá fazer uma ponderação entre a compatibilidade de horários respeitando o princípio da eficiência.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. AGU. PARECER GQ – 145 de 30 de março de 1989. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8324>. Acesso em: 15 de dezembro de 2019.

BRASIL. Constituição Federal. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

BRASIL. Decreto nº 13.042/89, do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto_13_042_-_16061989_-_di.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

BRASIL. DECRETO Nº 99.210, de 16 de Abril de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99210.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº. 73/1993.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

BRASIL. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Controladoria-Geral da União: Brasília. 2019.

BRASIL. Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/71298798/do1-2019-04-12despachosdopresidente-da-republica-71298486>. Acesso: 15 de dezembro de 2019.

BRASIL. PARECER-PLENÁRIO Nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/agu-revoga-parecer-limitava-60h.pdf>. Acesso: 15 de dezembro de 2019.

BRASIL. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. LEI 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso: 02 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 15.415/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13/04/2011. Publicada em 04/05/2011. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1677463 RS 2017/0145654-9, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 08/08/2017. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1763479/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19/09/2019. Publicada em 24/09/2019. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1773897/RN, Rel. Min. Herman Benjamin,

Segunda Turma, julgado em 25/06/2019. Publicada em 01/07/2019. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 1292140/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019. Publicada em 14/06/2019. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. 351905. PRES. RELA. Min. Ellen Gracie. Julgado em 24/052005. Publicada em 09/09/2005. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 762.427, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 08/04/2011. Publicada em 11/04/2011. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 34608/2019/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 31/05/2019. Publicado em 04/-6/2019. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.860/2004, Rel. Min. Guilherme Palmeira, Primeira Câmara, julgado em 16/11/2004. Publicada em 25/11/2004. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.242/2007, Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, julgado em 24/10/2007. Publicada em 29/10/2007. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5.257/2009, Rel. Min. José Jorge, Segunda Câmara, julgado em 06/10/2009. Publicada em 09/10/2009. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.127/2015, Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, julgado em 09/12/2015. Publicada em 21/12/2015. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.412/2015, Rel. Min. Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 30/06/2015. Publicada em 01/07/2015. Acesso: 20 de dezembro de 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 05.08.2020
Aceito em: 17.10.2020

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

A ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ECA E NA CONVENÇÃO DE HAIA: ALGUMAS NOTAS

International adoption in the ECA and the Hague Convention: some notes

Marielle Beatriz Cominetti[1]
Robson Moraes dos Santos[2]

RESUMO

O estudo tem como objeto a adoção internacional e como objetivo destacar os principais aspectos que norteiam a adoção internacional, sua excepcionalidade e importância da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de adoção internacional ocorrida em Haia no ano de 1993, da qual o Brasil é signatário (Decreto n° 3.087/99).

PALAVRAS-CHAVE

Adoção internacional; Convenção de Haia; nacionalidade.

ABSTRACT

The study focuses on international adoption and aims to highlight the main aspects that guide international adoption, its exceptionality and the importance of the Convention on the Protection of Children and Cooperation on international adoption that happened in Hague in 1993, to which Brazil is a signatory (Decree No. 3,087/99).

KEYWORDS:

International adoption; Hague Convention; nationality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A adoção e a família. 3. Da adoção internacional. 4. A Convenção de Haia. 5. O ECA e a adoção internacional – procedimentos. 6. Algumas notas sobre possíveis conflitos normativos. 7. Considerações finais. 8. Referências.

SUMMARY: *1. Introduction. 2. Adoption and family. 3. Of international adoption. 4. The Hague Convention. 5. ECA and international adoption – procedures. 6. Some notes regarding possible normative conflicts. 7. Final considerations. 8. References.*

1. INTRODUÇÃO

A adoção internacional, assim como a adoção nacional, consiste na introdução de uma criança ou um adolescente em uma nova família com a finalidade de proporcionar amparo para o seu regular desenvolvimento. A diferença está no fato de que na adoção nacional o adotado permanecerá no país de origem, enquanto na adoção internacional, o adotado passará a residir em outro país.

Dada a sua importância, o assunto recebeu tratamento no ordenamento interno - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e no ordenamento internacional, com

1 Acadêmica do Curso de Direito - UNIGRAN. Email: marielle_beatriz@hotmail.com.
2 Professor de Direito Civil no Curso de Direito - UNIGRAN. Email: robson.santos@unigran.br.

destaque para a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de adoção internacional, do qual o Brasil é signatário (Decreto n° 3.087/1999), e que estabelece os procedimentos da adoção internacional pelos países ratificantes.

Embora a adoção se constitua um tema clássico que acompanha a sociedade e as famílias no tempo, ainda se observa uma discrepância entre o número de pessoas ou famílias interessadas em adotar e o número de crianças em situação de adoção. Muitos são os motivos, dentre os quais são normalmente assinalados a idade, etnia, deficiências e problemas de saúde. A adoção internacional torna-se, neste sentido, uma alternativa importante, considerando que muitos pretendentes a adoção não colocam esses fatores como critérios para decisão.

A Convenção, ao estabelecer as normativas sobre o tema para os países signatários, deixou algumas questões que merecem uma análise mais detalhada, como por exemplo, a questão da nacionalidade do adotado e a harmonização entre os princípios e normas da Convenção e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Para o enfrentamento do tema, o texto foi estruturado buscando, num primeiro momento situar a importância da família na sociedade, destacando a adoção e, na sequência, apresentar e analisar o caráter excepcional da adoção internacional tanto na Convenção, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

É o que está apresentado a seguir.

2. A ADOÇÃO E A FAMÍLIA

A família assume na história um papel central, podendo ser considerada o coração da sociedade. É na família, enquanto socialização primária, que são incorporados os valores de uma sociedade (BERGER; LUCKMAN, 2014); é nela também que se criam laços que só a família pode estabelecer (LUIZ, 2014).

A instituição família sofre, no decorrer da história, mudanças em seu contexto. Conforme a sociedade muda, surgem novas formas de se constituir uma família (ARIÈS, 1981) ou dar continuidade a ela, mantendo o culto aos seus ancestrais (COULANGES, 2011). A adoção é uma delas.

No campo do direito, a adoção é conceituada como "[...] ato solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha" (GONÇALVES, 2012, p. 45). A adoção decorre de um ato de vontade entre os genitores de adotar uma criança ou um adolescente, formando uma família fora dos laços sanguíneos. A adoção se difere da filiação natural unicamente nesse ponto: em uma há laço sanguíneo, na outra não.

Nesse sentido, pertinente a conceituação apresentada por Venosa (2006, p. 279):

"A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas da manifestação da vontade [...] A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva".

Como bem assinalam Rodrigo da Cunha Pereira (2020) e Maria Berenice Dias (2017) o evoluir da sociedade levou a uma verdadeira transformação da família, que passou a ser referida no plural: famílias.

A comunhão de vida, a realização pessoal de cada um de seus membros, o respeito e a proteção constituem elementos que distinguem a família na sociedade do século XXI (FARIA; ROSENVALD, 2014).

A filiação também foi alvo desta profunda mudança.

> O afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. De um lado existe a verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial, que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame genético entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: a filiação socioafetiva, que decorre da estabilidade dos laços familiares construídos ao longo da história de cada indivíduo e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade (LÔBO, 2003, p. 153).

A Constituição Federal, em seu art. 277, além de ampliar o conceito de família, assegura igualdade de tratamento a todos os filhos, não admitindo qualquer tratamento discriminatório quanto à origem da filiação, quer biológica, quer havida de outras formas, reconhecendo e garantindo direitos e qualificações iguais a toda prole, como se observa a seguir.

> Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> [...]
> § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

No mesmo sentido o Código Civil brasileiro*:*

> CC, art. 1.593 - O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Destacam Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann (2015, p. 2): "Ao admitir o parentesco de outra origem, além do resultante da consanguinidade, [o Código Civil] incorporou o conceito de socioafetividade. Abriu-se espaço para outras verdades, aquelas que melhor traduzem a complexidade das relações familiares. Nem a lei e nem a justiça ficaram inertes diante desse novo quadro, ao emprestar efeitos jurídicos aos avanços sociais e acolher novas demandas envolvendo o conceito de filiação".

Ao lado da tradicional adoção, na qual a criança permanece dentro do seu país de origem, anda a adoção internacional, que em seu sentido geral possui as mesmas intenções que a primeira, diferenciando-se em alguns aspectos que serão abordados a seguir.

3. DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

De acordo com a Convenção de Haia de 1993 Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional e de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção internacional é aquela realizada por pretendente (s) residente em país diferente daquele da criança a ser adotada.

O art. 51 do ECA assim prescreve:

> Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n o 3.087, de 21 junho de 1999 , e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção.

E ainda:

> § 1 o A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado: (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)
> I - que a colocação em família adotiva é a solução adequada ao caso concreto; (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)
> II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei; (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)
> III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por

> equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1 o e 2 o do art. 28 desta Lei. (Incluída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Como se observa, a excepcionalidade é um dos requisitos que abrange a adoção internacional. Desse modo, entende-se que o infante somente poderá ser adotado quando não for mais possível a colocação em sua família de origem e da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 31 diz: "A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção".

Os arts. 33 a 38, sobre guarda e tutela, são igualmente aplicáveis.

Dessa forma, além da adoção internacional possuir o caráter excepcional tradicional, ou seja, quando não houver chances da colocação em sua família natural, ela será concedida apenas quando forem esgotadas todas as possibilidades de o adotado permanecer em seu país de origem, ou seja, quando esgotadas todas as possibilidades de adoção, inexistindo famílias interessadas cadastradas no cadastro nacional e com perfil adequado ao perfil do adotando. Essa excepcionalidade existe com o intuito de preservar a origem do infante, para que ele possa viver em uma sociedade com a qual tem identificação e está familiarizado.

Esse também o entendimento jurisprudencial:

> Adoção de infante brasileiro por casal estrangeiro preferência da adoção nacional instituto a ser usado somente no interesse do adotando adoção internacional no paraná entendimento e alcance na norma do artigo 52, do estatuto da criança e do adolescente.
> 1. A adoção de criança e adolescente abandonado no Brasil, por estrangeiro, é prática válida, louvável e recomendável que há de ser estimulada e facilitada quando presentes as condições de sua admissibilidade.
> 2. O amparo em família substituta estrangeira, pela adoção, nos exatos termos do disposto pelo artigo 31, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é, contudo, medida excepcional, justificável quando esgotadas as possibilidades de amparo da criança em seu próprio país e somente admissível quando consultar aos altos interesses do adotando.
> 3. No Paraná a adoção internacional está condicionada a estudo prévio e análise da "Ceja", Comissão Estadual Judiciária de Adoção, criada nos moldes preconizados pelo artigo 52, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que cadastra e fornece o laudo de habilitação ao estrangeiro interessados em receber criança ou adolescente do estado, por adoção, bem assim como mantém rol de casais nacionais, habilitados em todo estado, à disposição dos juízos competentes, que dele se valerá sempre que for necessário fazer prevalecer a preferência do adotante brasileiro (Código de Normas da Corregedoria da Justiça, 10.2.12). ACÓRDÃO Nº. 2283 ÓRGÃO ESPECIAL – TJPR.

Segundo o Cadastro Nacional de Adoção este é o retrato atual do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA: crianças acolhidas: 30371; crianças disponíveis para adoção: 5.043; crianças em processo de adoção: 4073; crianças adotadas a partir de janeiro de 2019: 4962; pretendentes disponíveis: 34922; serviços de acolhimento: 4.709 (CNJ, 2020).

Conforme se observa dos dados trazidos, o número de pretendentes disponíveis (adotantes) supera o de crianças disponíveis para adoção. Das crianças disponíveis para adoção, 15,7% possuem idade de até 3 anos; 13,97% possuem idade de 3 a 6 anos; 14,07% possuem idade de 6 a 9 anos; 16,12% possuem idade de 9 a 12 anos; 19% possuem idade entre 12 e 15 anos e 21,13% possuem idade superior a 15 anos.

Essa diferença entre o número de pretendentes a adoção e crianças disponíveis para a adoção não é indicativo de que, rapidamente será sanada a questão. Ao contrário. Muito desta diferença está no fato de que nem sempre as características dos adotados coincidem com as preferências dos adotantes, como destaca Luz (2009): crianças de pele clara, com no máximo três anos e que seja filho único. Esse é o perfil desejado pela maioria dos casais brasileiros que pretendem adotar. E ainda, a adoção internacional se torna relevante pois a maioria dos estrangeiros é flexível com respeito à idade, demonstrando preferência por crianças entre cinco e oito anos ou que não se importam com irmãos, ou mesmo portadores de algum tipo de doença ou deficiência.

Como se pode observar, a adoção internacional pode ser considerada um importante contributo, uma janela aberta para muitas crianças disponíveis para adoção e que permanecem nos espaços de acolhimento, muitas vezes com algum um problema de saúde, ou deficiência e que não teriam outra alternativa que a de permanecerem nos abrigos ou casas de acolhida.

4. A CONVENÇÃO DE HAIA

A matéria referente à adoção internacional foi regulamentada pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de adoção internacional, ocorrida em Haia, no ano de 1993. O interesse em sua criação surgiu dos diversos problemas que as adoções internacionais estavam enfrentando. Na época não existia nenhuma lei internacional que regulamentasse essa matéria, ficando livre para que os países estabelecessem seus procedimentos.

Um dos problemas causados era a falta de segurança para os adotados, pois quando ocorria algum problema de adaptação, cada país resolvia da forma que lhe fosse mais adequada.

O processo de elaboração da Convenção de Haia demorou aproximadamente três

anos, envolvendo discussões e negociações com cerca de 70 países, 12 ONGs e cinco organizações intergovernamentais (DONIZETTI, 2009).

Traz em seu preâmbulo:

> Os Estados signatários da presente Convenção,
> Reconhecendo que, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão;
> Recordando que cada país deveria tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança em sua família de origem;
> Reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem;
> Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças, e
> Desejando estabelecer para esse fim disposições comuns que levem em consideração os princípios reconhecidos por instrumentos internacionais, em particular a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, e pela Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e ao Bem-estar das Crianças, com Especial Referência às Práticas em Matéria de Adoção e de colocação familiar nos Planos Nacional e Internacional (Resolução da Assembleia Geral 41/85, de 3 de dezembro de 1986).

No teor da Convenção diz que a adoção deve ser executada e cumprida inteiramente pelos Estados signatários, e traz em seu primeiro artigo os seus objetivos, que são:

> "a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional;
> b) instaurar um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças; e
> c) assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção" (HAIA, 1993)

O primeiro objetivo aborda os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, que já eram objeto de preocupação internacional, como expresso na Declaração Universal dos direitos das crianças, que versa dos direitos básicos que todos os infantes devem gozar, como por exemplo: nome, nacionalidade, saúde, afeto, entre outros.

O segundo objetivo visa a prevenção de uma das maiores preocupações com a

adoção internacional, qual seja, a suspeita de que crianças e adolescentes eram adotados para fins ilícitos como a exploração sexual ou o trabalho escravo ou tráfico de órgãos. De forma explícita, o texto da Convenção busca preservar os direitos fundamentais das crianças, bem como impedir a utilização deste instituto para fins ilícitos, com o comprometimento de todos os países signatários neste sentido.

O terceiro objetivo trata do objeto legal da adoção, ou seja, do reconhecimento entre os países adotantes daquelas adoções realizadas em conformidade com os termos da Convenção.

Dentre as inovações, destaca-se a criação da Autoridade Central a ser instituído em cada país signatário, como expresso no art. 6 da Convenção:

> Artigo 6
> 1. Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela presente Convenção.
> 2. Um Estado federal, um Estado no qual vigoram diversos sistemas jurídicos ou um Estado com unidades territoriais autônomas poderá designar mais de uma Autoridade Central e especificar o âmbito territorial ou pessoal de suas funções. O Estado que fizer uso dessa faculdade designará a Autoridade Central à qual poderá ser dirigida toda a comunicação para sua transmissão à Autoridade Central competente dentro desse Estado.

Conforme divulgado na página do Ministério da Justiça e Segurança Pública3 temos:

a) a Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) é o órgão, no Brasil, incumbido da adoção de providências para o adequado cumprimento das obrigações impostas pela Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da **Subtração Internacional de Crianças**, pela Convenção Interamericana de 1989 sobre a **Restituição Internacional** de Menores e pela Convenção de Haia de 1993 Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de **Adoção Internacional**.
b) Com a publicação do Decreto nº 9.360, de 07 de maio de 2018, as atribuições da ACAF passam a ser exercidas no âmbito do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública.
c) Autoridade Central é o órgão interno responsável pela condução da cooperação jurídica de um Estado, e sua constituição decorre da assinatura, adesão ou

3 Cf. Autoridade Central Federal - Ministério da Justiça e Segurança Pública (justica.gov.br)

ratificação de um tratado internacional que determine seu estabelecimento. A Autoridade Central detém a atribuição de coordenar a execução da cooperação jurídica, podendo, quando necessário, propor e fomentar melhorias no sistema de cooperação e de efetivação de um tratado internacional.

d) A principal atividade de uma Autoridade Central é prestar cooperação internacional de maneira célere e efetiva como decorrência da diminuição de etapas no processamento de demandas judiciais tramitadas entre países distintos, podendo-se, a depender do conteúdo do tratado que lhe incumbe implementar, inclusive dispensando o uso de outros mecanismos de cooperação jurídica internacional, como a homologação de sentenças estrangeiras ou o uso da carta rogatória. Nesse sentido, cabe à Autoridade Central evitar falhas na comunicação internacional e no seguimento de pedidos, permitindo que as etapas processuais ocorram em concordância com os pressupostos processuais gerais e específicos aplicáveis ao caso, bem como evitar a adoção de mecanismos de cooperação inadequados à situação específica. Portanto, compete à Autoridade Central receber e transmitir os pedidos de cooperação jurídica internacional envolvendo seu país, após análise de seus requisitos de admissibilidade.

Com a Convenção de Haia, cada Estado membro designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção. A finalidade é tornar o processo mais célere e seguro para as crianças e os adolescentes.

5. O ECA E A ADOÇÃO INTERNACIONAL - PROCEDIMENTOS

O Estatuto da criança e do adolescente (ECA), promulgado em 13 de julho de 1990 - Lei n° 8.069, que dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente, sem dúvidas constitui um marco no atendimento à criança e ao adolescente, bem como se constitui em documento de referência sobre a adoção, tanto nacional, quanto internacional.

De forma coerente e em respeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o ECA aborda, em diferentes artigos, o instituto da adoção, fazendo referência por exemplo à mãe gestante (art. 8º, § 5º; art. 13, § 1º; art. 19A) e aos detentores da guarda (Art. 19ª, § 7º).

Os procedimentos para a adoção nacional e internacional estão expressos na subseção IV, da seção III – Da Família Substituta, do Capítulo III - Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária (arts. 39 a 52)

Especificamente em relação à adoção internacional o ECA estabelece alguns

requisitos a serem observados, a saber: que a colocação em família substituta é a melhor opção; se não existe possibilidade de ser adotado por uma família oriunda do mesmo país; e que a criança ou adolescente se encontra preparado para uma adoção internacional (Art. 51)

Assim, se observado que o adotado preenche os três requisitos iniciais, os adotantes formularão um pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central no país em que está situado o infante. Se a autoridade Central considerar que eles estão aptos para adotar, emitirão um relatório atestando a sua capacidade. Nesse relatório, conforme o inciso II do art. 52 do ECA, deverá constar: informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que animam e sua aptidão para assumir uma adoção internacional. Este relatório, será instruído com toda a documentação necessária, incluindo estudo psicossocial elaborado por equipe interprofissional habilitada e cópia autenticada da legislação pertinente, acompanhada da respectiva prova de vigência. Ainda, exige-se que o relatório esteja acompanhado da legislação em vigor do país de acolhida, bem como prova de sua vigência (inciso IV, art. 52 do ECA).

Este relatório atestando a aptidão para adotarem, será enviado à Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira, conforme descrito no inciso III do referido artigo 52.

Após estudos realizados pela Autoridade Central Estadual atestando a compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional, e o preenchimento por parte dos postulantes dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao seu deferimento, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional, que terá validade por no máximo um ano (inciso VII, do artigo 52 do ECA).

Estando o adotante na posse do laudo de habilitação, este será autorizado a formalizar o pedido de adoção perante o Juízo da Infância e da Juventude do local em que se encontra a criança ou adolescente, conforme indicação efetuada pela Autoridade Central Estadual (inciso VIII, do artigo 52 do ECA).

Importante ressaltar que o estrangeiro deverá permanecer no Brasil por um período de no mínimo trinta dias, período conhecido como "estágio de convivência". Esse período não é apenas momentâneo, mas sim uma fase muito importante do processo, no qual a adoção será acompanhada e avaliada por uma equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que recomendará ou não o deferimento da adoção a autoridade judiciária (art. 49, §3° e §4° do ECA).

Concedida a adoção, o adotado, para sair do Brasil, deverá aguardar o trânsito em julgado a decisão, momento em que a autoridade judiciária determinará uma expedição para que o adotado possa viajar, bem como, disponibilizará o passaporte contendo as

características do adotado, assim como uma foto recente e a impressão digital do seu polegar direito, instruindo o documento com cópia autenticada da decisão e certidão de trânsito em julgado, segundo o §9° do art. 52 do ECA.

Frisa-se que a resolução n° 20 de 2019 do Conselho das Autoridade Centrais Brasileiras, em seu artigo 7, §5° relata que caso haja desistência imotivada dos pretendentes durante o período de estágio de convivência ou a sua devolução após ocorrer o trânsito em julgado da sentença, estes serão excluídos dos cadastros e serão impossibilitados de renovarem a sua habilitação.

E ainda, ocorrendo de fato a adoção e a transferência do adotado para o país que o acolheu, a Autoridade Central Federal Brasileira poderá solicitar a qualquer momento informações sobre o infante (art. 52, §10° do ECA).

6. ALGUMAS NOTAS SOBRE POSSÍVEIS CONFLITOS NORMATIVOS

A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de adoção Internacional, concluída em Haia em 1993 e vigorando internacionalmente desde 1995, teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro e vigora no Brasil desde 21 de junho de 1999 (Decreto nº 01/1999), com força de lei ordinária. Não se observa incompatibilidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque além de ambas as normas tratarem de direitos fundamentais e relacionados à proteção à infância, a própria Convenção garante a prevalência da ordem jurídica interna dos países que a ela aderiram (CARVALHO, 2020).

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado uma conquista para os infantes, pois estabelece os direitos essenciais desses seres em desenvolvimento, além de garantir a proteção integral.

Entretanto, há alguns pontos que merecem análise, vejamos.

O primeiro ponto a ser observado é em relação ao consentimento do menor. O art. 28 §2° do ECA é expresso ao anunciar: "*§ 2 ºTratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência"* e a Convenção em seu art. 4°, alínea d, anuncia: [...] *tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, [...]"*. Observa-se que o ECA define uma idade precisa, certa, enquanto a Convenção de Haia refere-se a grau de maturidade que essa criança ou adolescente possui, podendo dessa forma ser quando tiver 12 anos, 14 anos, ou qualquer outra idade.

O segundo ponto a ser observado é relativo ao momento em que o adotado poderá sair do país. O art. 52, §8° assinala: "*Antes de transitada em julgado a decisão que concedeu a adoção internacional, não será permitida a saída do adotando do território nacional"*. A Convenção em seu art. 19, 1 assevera: "*O deslocamento da criança par ao Estado de acolhida só poderá*

ocorrer quanto tiverem sido satisfeitos os requisitos do artigo 17" e que trata da decisão de confiar uma criança aos futuros pais adotivos somente poderá ser tomada no Estado de origem se: *"[...] d) tiver sido verificado, de conformidade com o artigo 5, que os futuros pais adotivos estão habilitados e aptos a adotar e que a criança está ou será autorizada a entrar e residir permanentemente no Estado de acolhida".*

O terceiro ponto a ser observado é relativo ao estágio de convivência do art. 46, §3° do ECA, *"Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso"* A Convenção de Haia não trata expressamente sobre esse estágio.

Estes pontos que assinalam lacunas ou exigências mais específicas na lei interna frente a Convenção de Haia, encontra solução na Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores de La Paz, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984, e promulgada pelo Decreto nº 2.429, de 17 de dezembro de 1997, resolve o aparente conflito ao estabelecer em seu art. 3º o seguinte: "A lei da residência habitual do menor regerá a capacidade, o consentimento e os demais requisitos para a adoção, bem como os procedimentos e formalidades extrínsecas necessários para a constituição do vínculo".

Nestes casos assinalados, a lei do país de residência do menor em processo de adoção é que terá prevalência.

Sendo o Brasil um dos países signatários da Convenção de Haia, é possível a realização de uma adoção por um país que não seja signatário? A resposta é positiva, pois não há legislação no Brasil que negue essa adoção, existindo um ponto no ECA, em seu artigo 52-D, dizendo que se for o Brasil o país de acolhida, a adoção seguirá as mesmas normas de uma adoção nacional.

E ainda, a Resolução nº 03, de 2001, do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras, em sua cláusula terceira assinala:

> "TERCEIRA CLÁUSULA: A admissão de pedidos de adoção, formulados por requerentes domiciliados em países que não tenham assinado ou ratificado a Convenção de Haia, será aceita quando respeitar o interesse superior da criança, em conformidade com a Constituição Federal e Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste caso, os adotantes deverão cumprir os procedimentos de habilitação perante a Autoridade Central Estadual, obedecendo a prioridade dada aos adotantes de países ratificantes".

E a cláusula quarta estabelece; "*QUARTA CLÁUSULA: Aos adotantes originários de países não ratificantes seja recomendada a adoção de medidas que garantam às crianças adotadas no Brasil a mesma proteção legal que aqui recebem".*

As cláusulas estabelecem que adoções por países não signatários ocorram somente quando todos os direitos dos menores forem garantidos e preservados, respeitando a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente e preenchendo todos os requisitos que as Autoridades Centrais estabelecem.

Ao final da terceira cláusula da Resolução n.º 03 está assinalado que os países que são ratificantes da convenção possuem prioridade. Em 2004, o Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras, na resolução n° 08, de 2004 não só mantém a prioridade, como estabelece a ordem de preferência para pedido de adoção:

> "SÉTIMA CLÁUSULA: Ordem de preferência para pedido de adoção - Fica estabelecida a ordem de preferência para o processamento do pedido de adoção, a saber, a) Adoção Nacional, b) Adoção Internacional de países ratificantes da "Convenção Relativa a Proteção das Crianças e da Cooperação em Adoção Internacional, de Haia", e c) Adoção internacional de países não ratificantes da referida Convenção".

Essa mesma resolução, em sua cláusula oitava trata dos procedimentos que a adoção internacional terá quando for por países não signatários:

> "OITAVA CLÁUSULA: Apresentação do pedido de habilitação por estrangeiros provenientes de países não ratificantes - Deverá ser observado o seguinte procedimento: o interesse do pretendente estrangeiro deverá ser manifestado junto ao órgão público encarregado da adoção internacional no seu país, que de acordo com sua legislação fornecerá a autorização para adotar. Tal autorização e a documentação correlata, deverão ser encaminhadas a ACAF para verificação dos requisitos formais, tais como: capacidade do órgão público do país de origem para autorizar pessoas a adotar internacionalmente, oficialidade da tradução de documentos, encaminhamento de todos os documentos necessários exigidos pela lei brasileira, existência de legislação no país de origem que garanta os direitos dos brasileiros adotados como acima estabelecidos. As CEJAIS comunicarão a ACAF sobre essas adoções realizadas e a ACAF por sua vez notificará o Ministério das Relações Exteriores, que faria um registro consular do menor adotado para fins de futuro acompanhamento da situação dessa criança."

Importante mencionar que apesar desse tipo de adoção não ocorrer sob o manto dos termos da Convenção de Haia, a legislação brasileira, em especial o ECA e as cláusulas mencionadas acima que regulam esse tema, geram segurança ao processo de adoção, pois sempre será preservado o melhor interesse da criança e do adolescente.

Em relação à nacionalidade do adotado, a Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em material de Adoção Internacional traz regras gerais de competência cíveis e deixou de prever expressamente questões

relacionadas com a nacionalidade do infante (LUIZ, 2014), o que permite diferentes aplicações, como por exemplo a concessão automática da nacionalidade, ou na pior das hipóteses, a não concessão da nacionalidade para o adotado.

No direito interno a Lei n° 12.010/2009 acrescentou o artigo 52-C ao Estatuto da Criança e Adolescente, que dispõe: "*Art. 52-C. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida, a decisão da autoridade competente do país de origem da criança ou do adolescente será conhecida pela Autoridade Central Estadual que tiver processado o pedido de habilitação dos pais adotivos, que comunicará o fato à Autoridade Central Federal e determinará as providências necessárias à expedição do Certificado de Naturalização Provisório*".

Quando ocorrer casos em o Brasil é o pais do infante, o entendimento é de que estes não perderão a nacionalidade brasileira, pois a aquisição tácita ou imposta não implica em sua perda, pois como estabelecido no artigo 12, §4° da Constituição Federal, o brasileiro só perderá a sua nacionalidade por escolha voluntária, se tornando desta forma um polipátrida, ou seja, aquele que possui mais de uma nacionalidade, podendo se quiser, quando atingir a maioridade, escolher ficar apenas com a do país em que se desenvolveu.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção no Brasil tem merecido um tratamento próprio no Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma que, em conjunto com a Convenção de Haia, norteiam a adoção internacional, bem como tem sido um assunto que merece a atenção da sociedade dado o número de crianças e adolescentes em casas de acolhida e disponíveis para adoção, como mostra o último balanço do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), revelando que 4.073 crianças estão aptas a serem adotadas. Há também o fator do crescente interesse de estrangeiros em adotar crianças brasileiras.

Em outra senda, denúncias de uso indevido da adoção internacional, como meros pretextos para a exploração ilícita dos adotados motivou a promulgação da Convenção de Haia, bem como a atualização, nesta matéria, do Estatuto da Criança e do Adolescente, criando e reconhecendo etapas mais rigorosas para uma adoção a ser feita em favor do menor e em defesa dos direitos fundamentais do menor.

A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de adoção internacional, de um modo geral, implantou proteção para os infantes, levando em conta o princípio do melhor interesse e preservando seus direitos fundamentais. Cabe às Autoridades Centrais o controle e acompanhamento dos processos nos países signatários, com benefícios de celeridade e controle.

Os eventuais aparente conflitos/lacunas entre a legislação interna normatizada no

ECA e a Convenção de Haia, encontram solução na Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores de La Paz, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984, e promulgada pelo Decreto nº 2.429, de 17 de dezembro de 1997, resolve o aparente conflito ao estabelecer em seu art. 3º o seguinte: "A lei da residência habitual do menor regerá a capacidade, o consentimento e os demais requisitos para a adoção, bem como os procedimentos e formalidades extrínsecas necessários para a constituição do vínculo".

Em suma, a adoção internacional apresenta-se como uma opção importante no processo de acolhida e atendimento aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes de crescerem e se desenvolverem em lares, como família.

8 REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. *História Social da criança e da família* 2. ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1981.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade:* tratado de sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2014.

BRASIL. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069. Acesso em: 09 de outubro de 2020.

_____. Resolução nº 03, de 2001, do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras. Disponivel em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/arquivos/id_res_03_2001.pdf. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

_____. Resolução n° 08, de 2004 do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/arquivos/id_res_08_2004.pdf. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

_____. Decreto n° 3.087, de 21 de junho de 1999. Promulga a *Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm. Acesso em: 9 de outubro de 2020.

_____. Decreto n° 2.429, de 17 de dezembro de 1997. Promulga a *Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2429.htm. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

_____. Ministério da justiça. Adoção Internacional. Disponível em: https://www.novo.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional. Acessado em: 09 de outubro de 2020.

_____. Ministério da justiça. Autoridade Central. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/conselho-das-autoridades-centrais-brasileiras. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

CARNEIRO, Cynthia Soares. *Adoção internacional: A importância dos relatórios pós-adotivos para a proteção da criança brasileira no país dos adotantes*. Brasília, 2019.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Adoção internacional* – Brasil e Estados Unidos. Disponível em: ii 2.pdf (tjsp.jus.br). Acesso em: 18 de setembro de 2020.

COBALCHINI, Maurício Dacroce. *Adoção Internacional*. Graduação - Centro Universitário de Univatis. Lajeado, 2017.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Rio de Janeiro: RT, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. RJ: RT, 2017.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir. Disponível em: Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir (mariaberenice.com.br). Acesso em 20.10.2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6. Ed. V.6. Salvador: JuPodivm, 2014.

FERRANTE, Miguel Jerônymo. *Nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção internacional: doutrina e prática***.** Curitiba: Juruá, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família/Carlos Roberto Gonçalves. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOLLENSTEIN, Isabel, Coachman. *Adoção Internacional Realizada por brasileiros: A problemática da nacionalidade atribuída ao adotado frente a lacuna da lei constitucional*. Graduação – Faculdade de Vitoria. Vitória, 2019.

LIBERATI, Wilson Donizeti **.** *Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, ago.-set. 2003.

LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. São Paulo: Manole, 2009

MORAES, Flavia Cunha. *Adoção Intermacional*. São Paulo, 2003.

MONACO, Gustavo Ferraz Campos. *Direitos da Criança e Adoção Internacional***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTAGNER, Ângela Christina Boellhouwer. *Adoção Internacional e a nacionalidade da criança adotada*. Brasília, 2009.

NAZO, Georgette Nacarato. *Adoção internacional: valor e importância das convenções internacionais vigentes no Brasil*. São Paulo: O. Mendes, 1997.

OLIVEIRA, Luiz Philipe Ferreira de. *Adoção internacional e nacionalidade um estudo comparado Brasil e Japão***.** 2014. Dissertação (mestrado em direito internacional) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

OLIVEIRA, Erson Teodoro**.** *Convenção de Haia*. E.v. editora LTDA, s.d.]

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: RT, 2020.

POMPEU, Inês Mota Randal. *Uma análise sobre o instituto da adoção internacional no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/49338/uma-analise-sobre-o-instituto-da-adocao-internacional-no-ordenamento-juridico-brasileiro.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 16.08.2020
Aceito em: 08.10.2020

ISSN 2178-4396 (on-line) - ISSN 1516-7674 (impresso)

ANÁLISE DE ACÓRDÃO STF RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.967 E A INCONSTITUCIONALIDADE DE DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS DO EMPREGADOR E SEGURADA SOB O SALÁRIO MATERNIDADE.

Extraordinary Appeal 567,967 of the Supreme Court and the unconstitutionality of the employer's pension discounts and insured by maternity pay.

Ana Cristina Baruffi[1]

RESUMO

As regras do salário maternidade foram pontualmente alteradas como efeito do Recurso Extraordinário 567.967 que, além de firmar o tema 72 de repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade de duas normas da Lei 8.212/91 presentes no artigo 28: o parágrafo segundo e da parte final da alínea "a" do parágrafo nono. Assim, o presente artigo tem por objetivo analisar os efeitos prático do julgado, inclusive em um comparativo com o parecer 183611/2020 exarado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que fundamenta a permanência da incidência da contribuição previdenciária sob o benefício com base no artigo 195, II da CF por parte da segurada. Em um primeiro momento, poder-se-ia afirmar que o julgado tem aplicação apenas aos empregadores. Isto porque a análise do tema de repercussão geral é limitada apenas a estes. Porém, a declaração de inconstitucionalidade destas duas regras pontuais sobre o salário maternidade estende o efeito a todos os tipos de seguradas, afinal o salário maternidade não é exclusivo à segurada empregada e a lide surgiu por ser o empregador o mediador no pagamento que é de responsabilidade do INSS. O STF confirma que o benefício previdenciário

ABSTRACT

The rules of maternity pay were punctually amended as an effect of Extraordinary Appeal 567,967 which, in addition to signing general repercussion subject 72, declared the unconstitutionality of two rules of Law 8.212/91 present in Article 28: the second paragraph and the final part of point "a" of paragraph 9. Thus, this article aims to analyze the practical effects of the judgment, including in a comparison with opinion 183611/2020 set out by the Attorney General of the National Treasury that bases the permanence of the incidence of social security contributions under the benefit based on Article 195, II of the FC by the insured. At first, it could be said that the trial is only in application to employers. This is because the analysis of the theme of general repercussion is rather limited to these. However, the declaration of unconstitutionality of these two specific rules on maternity pay extends the effect to all types of insured, after all the maternity salary is not exclusive to the insured employed and the case arose because the employer is the mediator in the payment which the INSS is responsible for. The Supreme Court confirms that the social security benefit of

1 Bacharel em Direito pela Universidade da Grande Dourados UFGD/MS (2007/2008). Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela Unigran/Dourados/MS (2009). Mestre em Direito Processual Civil, subárea relações negociais pela UNIPAR/ Umuarama/PR (2011). Advogada. Pesquisadora da área de direitos decorrentes da maternidade. CEO do Direito & Maternidade. anacrisbaruffi@gmail.com

salário maternidade tem natureza indenizatória/compensatória assistencial. Logo, por não fazer parte da folha de salário nem poder ser considerado salário contribuição, pois o seu recebimento não decorre de contraprestação de um serviço prestado pela segurada/o, mas sim pelo fato de um dia ter contribuído para a previdência social em razão de um serviço prestado ou por opção (como é o caso das seguradas facultativas), não é possível haver descontos previdenciários no seu recebimento. Assim, tal como para o empregador é preciso afastar incidência do inciso II do artigo 195 da Constituição Federal como justificativa de desconto pela segurada. Aceitar esta posição (exarada no Parecer da PGFN) é dar ao salário maternidade natureza diversa do que ela tem. Diante da declaração de inconstitucionalidade e o seu efeito *ex tunc* que não foram modulados pelo STF e sua autoaplicação, toda mulher ou homem que tenha recebido o benefício com os descontos previdenciários possuem o direito de serem restituídos, por isso buscou-se abordar os efeitos prescricionais/decadenciais para ajuizamento.

Palavras-chave

Direito, salário maternidade, descontos, inconstitucionalidade.

maternity pay has a supporting indemnification/compensatory nature, therefore as it is not part of the salary sheet nor can it be considered a contribution salary, because its receipt does not result from the payment of a service provided by the insured, but rather by the fact that one day it contributed to social security due to a service provided or by option (as is the case of optional insured). This time, regarding the employer it is necessary to remove the incidence of item II of Article 195 of the Federal Constitution as justification for discount by the insured. To accept this position (set out in the PGFN Opinion) is to give the maternity salary a nature different from what it has. Given the declaration of unconstitutionality and its ex tunc effect that were not modulated by the Supreme Court and its self-application, every woman or man who has received the benefit with social security rebates has the right to be refunded, so we sought to address the prescriptive/decadent effects for the court.

Keywords

Law, maternity pay, discounts, unconstitutionality.

1. O JULGADO - RE 567.967

O Supremo Tribunal Federal, em 04 de agosto de 2020, sob a lavra do Ministro Roberto Barroso, analisou o instituto do salário maternidade e a incidência tributária através dos descontos previdenciários a cargo do empregador com previsão no artigo 195, I da Constituição Federal. Como tema de repercussão geral n. 72, o voto vencedor firma sua decisão ressaltando a importância e supremacia dos princípios de proteção da maternidade e a igualdade de gênero no ambiente de trabalho.

A lide, movida pelo empregador Hospital Vita Batel S.A. surgiu em razão da previsão do artigo 195, I, §4º, artigo 154, I, da Constituição Federal e da alteração dada ao salário maternidade pela Lei 6.136/74. Em síntese: por ser um benefício previdenciário e, assim, não possuir natureza salarial, não cabe incidência previdenciária patronal sobre esta verba sob a nomenclatura de "folha salário". Para incidir, deveria ser elaborada lei complementar, que inexiste. Desta feita, foi requerido a declaração de inconstitucionalidade dos regulamentos relacionados ao salário maternidade que a consideraram base de cálculo (folha salário e salário contribuição) para fins previdenciários, bem como a declaração de repercussão geral, reconhecida e autuada sob o número 72.

A União por seu turno, defendeu a validade e constitucionalidade da cobrança previdenciária sobre o salário maternidade, sustentando o caráter salarial da verba e possibilidade de incidência tributária nos termos do art. 195, I, "a", da CF e o art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, vez que a mulher permanece na folha de pagamentos do empregador (natureza salarial) durante o gozo integral de sua licença maternidade e que inexiste norma isentiva no rol do art. 28, da Lei no 8.212, de 1991, prevendo a sua não incidência sobre a mencionada parcela.

Após uma análise pormenorizada pelo ministro relator e o colegiado, iniciando a partir de todo o contexto histórico do salário maternidade até sua conversão em benefício previdenciário, a sua natureza não salarial, diálogo sobre os princípios constitucionais de proteção à maternidade e igualdade de gênero do ambiente de trabalho, bem como os aspectos formais e materiais de constituição da regra que prevê o desconto previdenciário deste benefício previdenciário, restou julgado procedente o pleito do empregador, na sessão plenária virtual do dia 04 de agosto de 2020, com a seguinte ementa da lavra do Min. Luís Roberto Barroso:

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO EMPREGADOR. INCIDÊNCIA SOBRE O SALÁRIO - MATERNIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão do TRF da 4a Região, que entendeu pela constitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária "patronal" sobre o salário- maternidade. 2. O salário-maternidade é prestação previdenciária paga pela Previdência Social à segurada durante os cento e vinte dias em que permanece afastada do trabalho em decorrência da licença-maternidade. Configura, portanto, verdadeiro benefício previdenciário. 3. Por não se tratar de contraprestação pelo trabalho ou de retribuição em razão do contrato de trabalho, o salário-maternidade não se amolda ao conceito de folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Como consequência, não pode compor a base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo do empregador, não encontrando fundamento no art. 195, I, a, da Constituição. Qualquer incidência não prevista no referido dispositivo constitucional configura fonte de custeio alternativa, devendo estar prevista em lei complementar (art. 195, §4o). Inconstitucionalidade formal do art. 28, §2o, e da parte final da alínea a, do §9o, da Lei no 8.212/91. 4. Esta Corte já definiu que as disposições constitucionais são legitimadoras de um tratamento diferenciado às mulheres desde que a norma instituidora amplie direitos fundamentais e atenda ao princípio da proporcionalidade na compensação das diferenças. No entanto, no presente caso, as normas impugnadas, ao imporem tributação que incide somente quando a trabalhadora é mulher e mãe cria obstáculo geral à contratação de

> mulheres, por questões exclusivamente biológicas, uma vez que torna a maternidade um ônus. Tal discriminação não encontra amparo na Constituição, que, ao contrário, estabelece isonomia entre homens e mulheres, bem como a proteção à maternidade, à família e à inclusão da mulher no mercado de trabalho. Inconstitucionalidade material dos referidos dispositivos. 5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, prevista no art. art. 28, §2o, e da parte final da alínea a, do §9o, da Lei no 8.212/91, e proponho a fixação da seguinte tese: "É inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade".

Quatro são os resultados práticos do julgado publicado em 19/08/2020:

1. Fixação da Tese 72: *"É inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade"*;
2. o salário-maternidade não configura contraprestação por serviços prestados pela empregada;
3. Declaração de inconstitucionalidade formal e material do parágrafo segundo do artigo 28 da Lei 8.212/91;
4. Declaração de inconstitucionalidade formal e material da parte final da alínea "a" do parágrafo nono do artigo 28 da Lei 8.212/91.

Antes do RE 576.967	**Após RE 576.967**
Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:	*Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:*
§ 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição.	~~§ 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição.~~
§ 9º[…]	§ 9º[…]
a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, ***salvo o salário-maternidade;*** *(grifou-se)*	*a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais,* ~~***salvo o salário-maternidade;***~~ *(~~grifou-se~~))*

Em um primeiro momento, poder-se-ia afirmar que o julgado tem aplicação apenas aos empregadores. Isto porque a análise do tema eleito à repercussão geral é sim limitada a estes. Os fundamentos utilizados pelo ministro relator são relacionados a valorização e proteção da mulher no ambiente de trabalho em um diálogo sobre a igualdade de gêneros e o impacto que este desconto causa. Desta feita, as seguradas ao perceberem o salário maternidade serão tributadas com os descontos previdenciários.

Por outro lado, tendo em vista que houve a declaração de inconstitucionalidade de duas regras pontuais sobre o salário maternidade presentes no artigo 28, o seu parágrafo segundo e a parte final da alínea "a" do parágrafo nono, relacionadas ao conceito de salário contribuição, que é base de cálculo para os recolhimentos previdenciários para as seguradas nos termos do artigo 195, II da Constituição Federal, é possível afirmar que os efeitos e fundamentos do acórdão se estendem para todos aqueles que podem sofrer descontos pelo recebimento do salário maternidade. Para tanto, iremos analisar o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que defende a permanência do desconto.

2. PARECER 183611/2020 DA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Em 24 de novembro de 2020 a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional exara o Parecer n. 183611/2020 justificando a constitucionalidade do recolhimento previdenciário sob a verba previdenciária da empregada/segurada, vez que pelo empregador resta confirmado a inconstitucionalidade através da Tese n. 72, dispensando-o.

Para a Procuradoria,

> 56. O que se pretende deixar claro aqui é que o exame da Corte adentrou no art. 28, da Lei no 8.212, de 1991, apenas porque a postulação recursal provocou, tendo em vista que o disposto no §2o do art. 22, remete ao conceito de remuneração de algumas parcelas - como a do salário-maternidade - para o mencionado artigo. **Desse modo, somente uma leitura totalmente isolada e destoada do julgamento pode levar o intérprete a pensar que o art. 28, §2o e § 9o, "a", parte final, da Lei no 8.212, de 1991, foi declarado nulo para todos os efeitos, inclusive para invalidar a base de cálculo da contribuição previdenciária da empregada, tese que merece ser duramente combatida em juízo.**
> 57. Resumindo, o art. 28, §2o e § 9o, "a", parte final, da Lei no 8.212, de 1991, **deve ser considerado inválido tão-somente para o fim de compreender que o salário-maternidade não é remuneração, logo não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo do empregador.**
> 58. Noutro giro, **o mesmo dispositivo continua válido para fins de incidência da contribuição da empregada**, em razão das evidentes diferenças normativas existentes entre essas duas exações previdenciárias, que constituem o distinguishing a ser levado a juízo, para rechaçar qualquer exegese no sentido de que a tese firmada no tema no 72 alcança a contribuição da empregada, senão vejamos:
> a) as contribuições previdenciárias em apreço possuem fundamentos constitucionais diversos:
> a.1) a contribuição previdenciária do empregador ampara-se no art. 195, I, "a", da CF, que estabelece a "folha de salários e demais rendimentos do trabalho" como sua materialidade econômica. O alcance desse

> termo perpassa necessariamente pelo Texto Constitucional, tendo sido delimitado, pelo STF, como sendo uma remuneração habitual devida em razão do trabalho. Nesse sentido, a definição dessa base de cálculo é de índole constitucional, o que levou o Tribunal a reconhecer a existência de repercussão geral da matéria;
> a.2) a contribuição do empregado é fundamentada no art. 195, II, da CF, o qual não define a sua base de cálculo da exação. Ao revés, a Carta Maior utilizou-se neste dispositivo de fórmula totalmente diferente da prevista no art. 195, I, "a", da CF, ao conferir ampla liberdade ao legislador infraconstitucional para normatizar o seu campo de incidência, que pode em tese abarcar qualquer verba, exceto aposentadoria e pensão no RGPS. Em relação a esse tributo, a jurisprudência do STF é firme em não reconhecer a repercussão geral da matéria quando pendente discussão sobre a natureza jurídica das verbas que podem constituir sua base de cálculo, por considerar o assunto infraconstitucional [21];
> b) as bases de cálculo dos tributos são completamente diversas: a do empregador é a "folha de salários", conceito constitucional cuja disciplina encontra reforço na regulamentação prevista no art. 22 da Lei no 8.212, de 1991; a do empregado é o salário-de-contribuição", definição que ficou a cargo do legislador disciplinar, estando a sua regência no art. 28, da Lei no 8.212, de 1991.
> […]
> **63. Feitas essas distinções acima (fecha-se o parêntese), parece forçoso concluir que os fundamentos determinantes invocados pelo Tribunal para reconhecer a invalidade formal da incidência da contribuição previdenciária do empregador sobre o salário-maternidade não podem ser aplicados à contribuição da empregada.**

Importante ressaltar que, apesar da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional focar o estudo do parecer para as seguradas empregadas, a sua argumentação pode ser aplicada a todas as demais seguradas, para o fim de considerar o salário maternidade como salário contribuição e assim, tributável com fundamento no inciso II do artigo 195 da Constituição Federal somado ao artigo 28, parágrafo segundo e parte final da alínea "a" do parágrafo nono, da lei 8.212/91. Interessante é a análise da declaração de inconstitucionalidade realizada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Ela entende que a declaração de inconstitucionalidade destes artigos se limita ao empregador e pelo fato de o acórdão ter-se limitado a análise do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, não tendo sido declarado inconstitucional para efeitos da obrigação prevista no inciso II do artigo 195 da Constituição Federal.

No entender da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, como o entendimento do Supremo Tributal Federal se fundamenta na igualdade de gênero deve ser aplicado apenas às relações aonde manter a contribuição previdenciária desestimula a contratação, nas demais é possível a manutenção da obrigação no desconto previdenciário. Eis a razão

porque "*o STF reconheceu a invalidade material do art. 28, §2o e §9o, "a", parte final, da Lei no 8.212, de 1991, dispositivos que davam suporte à incidência previdenciária a cargo do empregador sobre o salário-maternidade*."

Encerra assim, considerando

> "[…] que os fundamentos determinantes para reconhecer a invalidade formal e material da incidência da contribuição previdenciária patronal sobre o salário-maternidade não podem ser estendidos à contribuição previdenciária da empregada, deve-se impugnar judicialmente as demandas que objetivem aplicar a tese do tema no 72 à exação da segurada. Essas ações devem ser duramente combatidas, com a apresentação das distinções aplicáveis à espécie, a fim de evitar a consolidação de uma jurisprudência defensiva em torno da matéria."

Quer assim a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional firmar que: como a maior parte do fundamento da ação se limita à obrigação do empregador, uma vez que o Ministro relator se utiliza de princípios constitucionais de proteção à maternidade e mulher no trabalho e igualdade de gênero em sua fundamentação, não pode esta fundamentação afastar a classificação do salário maternidade como salário contribuição para efeitos da contribuição previdenciária devida pela empregada e demais seguradas, que tem fundamento no artigo 195, II da Constituição Federal, inclusive porque este artigo não foi objeto de análise do acórdão.

Compreensível a posição da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, afinal de contas será um valor considerável que deixará de entrar nos cofres público, porém é forçoso confirmar tal posição, como será demonstrado adiante.

3. O SALÁRIO MATERNIDADE E SUA NATUREZA ASSISTENCIAL – NÃO SE PODE TRIBUTAR O QUE NÃO É SALÁRIO CONTRIBUIÇÃO.

O salário maternidade é o **benefício previdenciário** que tem como fato gerador o nascimento, aborto não criminoso, guarda para fins de adoção ou adoção de criança de até 12 anos, pagos à mãe biológica e ao adotante, neste caso apenas um dos adotantes terá direito ao benefício. Apesar de pouco abordado, é também direito ao "pai que gesta".

Para que haja o direito ao recebimento do salário maternidade é preciso que exista uma relação anterior da mulher/homem com o INSS, através dos recolhimentos previdenciários que podem ser feitos pela própria segurada ou pelo empregador. Inexiste o direito se não houver contribuições.

É preciso lembrar que a filiação à previdência social, ao INSS, é obrigatória para todos os brasileiros. A partir das características da pessoa ou atividade desenvolvida é

que definirá o tipo de segurado a ser classificado – empregado, individual, facultativo ou especial. Uma vez filiado, é preciso que se realizem contribuições ou recolhimentos previdenciários para poder ter acesso aos benefícios previdenciários.

Os recolhimentos previdenciários podem decorrer ou não de contraprestação de serviço prestado pela segurada/o. A base de cálculo destes recolhimentos é denominado salário contribuição. Este poderá ser o salário percebido pela empregada, empregada doméstica ou avulsa, a remuneração recebida pela contribuinte individual pelo serviço prestado ou atividade exercida, o valor declarado pela segurada ou mesmo o salário mínimo.

Ou seja, para que haja a relação com o INSS através das contribuições previdenciárias ou existe uma relação de trabalho, uma fonte de remuneração ou é por declaração voluntária do valor que deseja utilizar como salário contribuição. Inclusive, se erroneamente realizado as contribuições, até que se obtenha a correção, estes recolhimentos não entrarão para o calculo no momento de concessão do benefício.

Já para a concessão do benefício previdenciário do salário maternidade é preciso atender requisitos legais, em especial o instituto da carência que é desigual para recebimento deste benefício.

Às empregadas, empregadas avulsas e domésticas, têm a necessidade de estar em atividade para ter direito nestas qualidades[2].

Às contribuintes individuais e facultativas têm a necessidade de atender ao requisito de carência de dez contribuições em dia.

E às desempregadas têm direito desde que estejam no período de graça.

Assim, ou atende-se os requisitos da qualidade de segurada declarada no momento do requerimento ou não há a concessão do benefício.

O período de duração do benefício é variável de acordo com a natureza do fato gerador[3], podendo haver prorrogação em algumas hipóteses[4].

O valor do benefício varia também de acordo com o tipo de segurada[5], não sendo

2 Tanto é a importância deste debate que a Lei 14.020/20 que converteu em lei a MP936/20 fez questão de registrar nosso reclamo em relação ao recebimento do salário maternidade sem efeitos da suspensão do contrato de trabalho ou redução salarial como medidas emergenciais do decreto de calamidade pública. Se não houvesse este registro, muitas mulheres trabalhadoras teriam o salário maternidade impactados pelo fato de estarem com o contrato de trabalho suspenso e ao invés de receberem o seu salário - como assim apresentou o ilustre julgador de primeiro grau - iriam receber a fórmula de cálculo da segurada facultativa (que é a média da soma dos 12 últimos salários contribuições dentro de um período de 15 meses) e não o salário.

3 Exceto para os casos de aborto não criminoso, que o prazo é de 15 (quinze) dias, para os demais fatos geradores o prazo é de 120 (cento e vinte) dias.

4 As prorrogações do salário maternidade são: de até 2 semanas mediante apresentação de atestado médico específico ou nos casos de trabalhadoras de empresas cidadãs, quando então há a prorrogação por mais 60 dias, totalizando 180 dias.

5 Segurada trabalhadora, trabalhadora avulsa, trabalhadora doméstica, contribuinte individual, contribuinte facultativo, segurada especial ou desempregada.

em nenhuma hipótese menor que o salário mínimo. Cada categoria tem seu cálculo e valor a ser recebido, que pode coincidir com a último salário, média salarial[6], último salário contribuição ou a média dos últimos doze salários contribuições dentro de um período de quinze meses.

Assim, as seguradas não recebem como se estivessem trabalhando, aqui no sentido genérico do termo, para fins de ser considerado salário contribuição. Recebem de acordo com seu histórico de contribuições com o INSS, de acordo com a qualidade de segurada que declaram ser no momento do requerimento que, pode coincidir com o seu salário ou não. No caso das seguradas empregadas, como o benefício é intermediado pelo empregador gera este tipo de debate. Mas a obrigação do pagamento é e sempre será da Previdência Social.

Isto porque o salário maternidade existe única e tão somente para garantir à segurada/o - independentemente de sua categoria - **condições de sustento durante o período de assistência ao filho recém-chegado.** Ou seja, compensa-os dos eventuais prejuízos que teriam se não percebesse seu salário mensal ou sua remuneração decorrente do seu trabalho individual em virtude de seu afastamento, ou ainda apoio para as donas de casa e estudantes como no caso das facultativas ou às desempregadas.

Ou seja, o salário maternidade não decorre de uma contraprestação por serviço pago diretamente pelo empregador ou consumidor e, por isso não possui, natureza salarial ou equivalente, em se tratando das demais seguradas. O salário maternidade apenas pode ser concedido porque existe um histórico de contribuições previdenciárias e a segurada atende os seus requisitos para o recebimento vez que acontece o seu fato gerador. Ele tem natureza única e exclusivamente assistencial, eis a razão de ser um benefício previdenciário.

Inclusive, qualquer dúvida que houvesse neste sentido, em considerar o salário maternidade benefício previdenciário e de natureza não salarial/remuneratória foi sanada com o acórdão paradigma.

O que implica no pagamento do benefício do salário maternidade não é relação trabalhista. Como salientado acima, é **a relação jurídica existente entre a segurada e o INSS que permite a concessão do benefício previdenciário do salário maternidade. Tanto é por isso que existem outras categorias que também podem ser beneficiárias.**

E, exatamente por não ter a natureza salarial que houve a retirada da obrigação do recolhimento patronal através da tese 72, restando, todavia, a dúvida: sobre a parte que seria de responsabilidade da trabalhadora, ou das demais seguradas, poderia ser

6 no caso de salário variável.

considerado como salário contribuição o salário maternidade?[7] Ou a declaração de inconstitucionalidade existente no acórdão exclui também a obrigação das seguradas quanto ao desconto no momento do recebimento do salário maternidade?

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional acredita que sim. Porém, acreditamos que não. E o acórdão do RE 567.967 nos ajuda a responder a este questionamento.

No Recurso Extraordinário 576.967, aqui paradigma, após o breve, porém pontual análise histórica e da natureza do salário maternidade, o Min. Luis Roberto Barroso **elimina qualquer dúvida que poderia existir acerca de sua natureza previdenciária e não salarial/remuneratória do benefício.** A sua análise sobre o instituto não se limitou à obrigação do empregador, mas sob a ótica da relação de trabalho, aonde o salário maternidade passou a ser uma ferramenta de exclusão da mulher no ambiente de trabalho, pois era aplicado sem atender a sua real natureza, assistencial. É válido lembrar que a proteção do trabalho da mulher não é um direito exclusivo no ambiente de trabalho, mas também nos espaços de empreendimento.

A título de conhecimento, conforme dados, 75% das mães empreendem após a maternidade. Razão? A discriminação no retorno ao trabalho. Os dados inclusive foram apresentados pelo Min. Barroso em seu voto. Esta discriminação acontece dentro e fora das relações de trabalho[8], cenários que o INSS tem participação (se formalizada a atividade econômica) com fundamento no artigo 195, II da Constituição Federal através do salário contribuição.

Sobre a natureza não salarial do salário maternidade colaciona-se o posicionamento do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho quando do julgado Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1.420.247-DF que, **em 2012,** reabriu a discussão perante a 1a Seção do STJ.

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SALÁRIO-MATERNIDADE E FÉRIAS GOZADAS. AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO EMPREGADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA QUE NÃO PODE SER ALTERADA. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA A EXIGIR REABERTURA DA DISCUSSÃO PERANTE A 1a. SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DETERMINAR A SUBIDA DOS AUTOS DO RECURSO ESPECIAL QUE, NOS TERMOS DO ART. 14, II DO RISTJ, FICA, DESDE JÁ, SUBMETIDO A JULGAMENTO PELA 1a. SEÇÃO.

7 Antecipa-se informando que esta é a defesa apresentada pela Procuradoria Geral da Fazenda no Parecer 18361/2020 abaixo analisado.

8 Somente no período de pandemia, milhares de mulheres perderam suas vagas no emprego formal aventurando-se no empreendedorismo que, uma vez formalizadas, servirá de base de recolhimentos para o INSS. Neste momento, o empreendedorismo se divide com a maternidade e a sobrecarga materna.

1. **O preceito normativo não pode transmudar a natureza jurídica de uma verba**. Tanto **no salário-maternidade** quanto nas férias gozadas, independentemente do título que lhes é conferido legalmente, **não há efetiva prestação de serviço pelo empregado, razão pela qual, não é possível caracterizá-los como contraprestação de um serviço a ser remunerado, mas sim, como compensação ou indenização legalmente previstas com o fim de proteger e auxiliar o Trabalhador.**
2. Da mesma forma que só se obtém o direito a um benefício previdenciário mediante a prévia contribuição, a contribuição também só se justifica ante a perspectiva da sua retribuição em forma de benefício (ADI-MC 2.010, Rel. Min. CELSO DE MELLO); destarte, **não há de incidir a contribuição previdenciária sobre tais verbas**. (STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1.420.247-DF, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho DJe 10/02/2012). (**grifos nossos**)

Inclusive a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional concorda que o salário maternidade é um benefício previdenciário, porém acredita que ainda assim possui natureza salarial, logo defende que não se aplica às seguradas a declaração de inconstitucionalidade que se limita à obrigação do empregador. É neste ponto que aqui iremos nos debruçar.

Ora, os mesmos fundamentos legais que reconhecem que o salário maternidade é um benefício previdenciário, sem natureza salarial e justifica a declaração de inconstitucionalidade das regras excluindo a obrigação do empregador são as que fundamentam para a exclusão da obrigação pelas seguradas.

Como é destacado pela Procuradoria, os fundamentos para o recolhimento são diversos. Do empregador, artigo 195, I da Constituição Federal, sob a nomenclatura "folha de salários" e regência do artigo 22 da Lei 8.212/91. Da empregada, o artigo 195, II da Constituição Federal, sob a nomenclatura "salário contribuição", e regência do artigo 28 da Lei 8.212/91.

Por outro lado, ambos são também regidos pelo parágrafo 4º do artigo 195 da Constituição Federal que remete ao artigo 154 da Constituição Federal.

É claro que o foco do Ministro relator é para a relação de trabalho, para a obrigação do empregador quanto ao recolhimento previdenciário, afinal, foi este o objeto principal do pleito. Todavia, não deixou o Ministro relator de analisar o salário maternidade como um todo, afinal, houve a provocação recursal para análise da inconstitucionalidade dos parágrafos do artigo 28 da Lei 8.212/91, mesmo que o fundamento jurídico tributário com foco seja o artigo 195, I da Constituição Federal.

Após a análise do artigo 22 da Lei 8.212 que remete a análise do artigo 28 da mesma lei, conclui o relator,

> *Logo, o art. 28, §2o, da Lei no 8.212/91, ao afirmar expressamente que o salário- maternidade compõe o salário de contribuição e, portanto, a base de cálculo da contribuição previdenciária,* ***cria nova fonte de custeio em relação às materialidades previstas no art. 195, I, a, da Constituição****, uma vez que elege verba paga pela Previdência, com clara natureza de benefício* ***e que não remunera qualquer trabalho ou serviço.***

Resultado: para fins de aplicação do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal foi excluída a obrigação. Mas, e para fins da previsão do inciso II do artigo 195, seria também uma nova fonte de custeio ou é constitucional os descontos previdenciários?

O relator no acórdão, assim como a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em seu parecer, diferenciou em suas dissertações a "folha de salário" do "salário contribuição", termos utilizados para identificar o responsável do pagamento da contribuição previdenciária, empregador e segurada respectivamente.

Desta feita, ao considerar inconstitucional os artigos que consideram o salário maternidade como "salário contribuição" o faz porque não apenas reconhece que o salário maternidade não tem natureza salarial para o empregador, mas para todo que possam dele usufruir, ainda que não tenha sido analisado em pormenores o inciso II do artigo 195 da Constituição Federal. Se não entendesse assim, não haveria a declaração de inconstitucionalidade destes artigos, limitando a sua análise ao artigo 22 da Lei previdenciária.

Em todo o seu texto, o Ministro relator rechaça qualquer possibilidade de considerar o salário maternidade com natureza salarial/remuneratória tanto pela ótica do empregador como pela ótica da segurada. Há a análise do instituto de forma ampla e geral. O benefício previdenciário não tem alteração em sua natureza em razão do titular do pagamento das contribuições previdenciárias, tomando em comparação as contribuintes individuais que prestam serviços para pessoas jurídicas. Ele se mantém o mesmo. Sempre. Existe para assistir a recém mãe/pai que possuem o direito porque contribuíram ao INSS e atenderam os requisitos para seu recebimento. E, exatamente por não ser salarial e sim assistencial é que impede que se possa considerar possível dar guarida a posição adotada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

É importante destacar que a declaração de inconstitucionalidade dos incisos do artigo 28 que consideram salário maternidade como salário contribuição foi da ordem formal e material. E, é forçoso querer considerar a inconstitucionalidade para apenas o empregador excluindo as seguradas, pois se trata do mesmo benefício previdenciário.

O fato da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28, parágrafos segundo e parte final da alínea "a" do parágrafo nono da lei 8.212/91 ser efeito tangencial da análise do artigo 22 da mesma lei, e realizado por provocação recursal, sem referência ao inciso

II do artigo 195 da Constituição Federal, para o fim de confirmar que salário maternidade não tem natureza salarial/remuneratória, não torna possível afirmar que os "fundamentos determinantes invocados pelo Tribunal para reconhecer a invalidade formal da incidência da contribuição previdenciária do empregador sobre o salário-maternidade não podem ser aplicados à contribuição da empregada". Ao contrário.

A inconstitucionalidade formal, tanto na qualidade de "folha de salário" como "salário contribuição", decorre do fato de não ter a lei atendido sua forma legislativa correta – lei complementar - para a inclusão do benefício como fonte de custeio da previdência social, como dispõe o parágrafo 4 do artigo 194 e artigo 154, I da Constituição Federal, sendo incluído por lei ordinária. E, este mesmo artigo regula o inciso II do artigo 195 da Constituição Federal (que cuida da obrigação da segurada).

A inconstitucionalidade material decorre do conteúdo da norma. Considerar salário maternidade como salário contribuição é dar dá destinação diversa ao benefício previdenciário, que é assistencial e em nenhuma forma remuneratória, contrariando as regras constitucionais para incidência de contribuições. Concordar com a tese da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional é criar uma nova fonte de custeio da previdência social. É violar as clausulas pétreas de direitos e garantias individuais pelo legislador ordinário.

Assim, se para o empregador o salário maternidade não pode ser utilizado como base tributável para fins previdenciários pois:

- o salário maternidade é um benefício previdenciário suportado pela Previdência Social;
- não é contraprestação de trabalho, não compõe folha de salários ou se enquadra em conceito de demais rendimentos;
- tem como fundamentação a proteção da maternidade e infância

não pode ser considerado para a segurada como salário contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária, com fundamento no inciso II do artigo 195, da Constituição Federal como defende a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em uma interpretação restritiva da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28, parágrafo segundo e parte final da alínea "a" do parágrafo nono da Lei 8.212/91.

Assim, em que pese o julgado ter-se fixado na relação segurada empregada - empregador - INSS, em especial à obrigação do empregador, seus reflexos atingem a **todas as seguradas**, pois o § 2º do artigo 28 da Lei 8.212/20 que dispõe: «O salário **maternidade é considerado salário de contribuição" - que fundamenta a obrigação dos descontos previdenciários da segurada nos termos do artigo 195, II da Constituição Federal - foi declarado inconstitucional.**

E, por ter **natureza indenizatória/compensatória assistencial não faz parte**

da folha de salário nem pode ser considerado salário contribuição, seu recebimento não decorrer de contraprestação de um serviço prestado pela segurada/o, mas sim pelo fato de um dia ter contribuído para a previdência social em razão de um serviço prestado ou por opção (como é o caso das seguradas facultativas) afasta a incidência do inciso II do artigo 195 da Constituição Federal. Aceitar esta posição é dar ao salário maternidade, sob a ótica da segurada, natureza diversa do que ela tem, que é assistencial e não remuneratória/salarial posição que a Constituição Federal veda através dos princípios de proteção à maternidade e que regem os tributos.

Inconstitucionais por extensão serão também todas as regras contrárias a atual posição do Supremo Tribunal Federal e que afirmem que o salário maternidade é salário contribuição, como as previstas na IN 77/15 do INSS9.

Nem é possível considerar o que agora se apresenta como uma leitura extensiva da Constituição Federal, mas sim literal após o Recurso Extraordinário 576.967. Afinal, está confirmado que o salário maternidade é um benefício previdenciário assistencial, não tem natureza salarial/remuneratória, portanto não pode ser considerado como "salário contribuição" para fins de incidência do artigo 195, II da Constituição Federal.

Compreende-se que o que busca a União através do Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional 18361/2020 é atribuir ao salário maternidade uma natureza de verba previdenciária tributável, entendimento que não se sustenta, destaca-se desde 2012 pelo posicionamento do Ministro Napoleão e principalmente após esta decisão do Supremo Tribunal Federal. *"O preceito normativo não pode transmudar a natureza jurídica de uma verba.*" que é e sempre será assistencial.

O resultado prático do julgado é que **o salário maternidade não é e nem pode ser considerado base de cálculo para descontos previdenciários tanto por parte do empregador como da segurada.** Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do julgado RE 567.967 não se limitam aos empregadores, se estendendo a todos os tipos de seguradas. E, uma vez inconstitucional, neste caso, sempre inconstitucional.

Assim sendo, os descontos realizados quando do seu recebimento pelas seguradas, **independentemente** de sua categoria de segurada, são indevidos e ilegais/inconstitucionais, devendo assim ser restituídos através da Ação de Repetição de Indébito.

O único limitador a se pensar seria o temporal, afinal trata-se de valores públicos a serem despedidos pela União. Diante disto, levantam-se dois questionamentos: seria autoaplicável o julgado e qual seria o prazo para requerer a restituição?

9 Nesse sentido o artigo 355 da Instrução Normativa 77/2015 do INSS que assim prevê: "Art. 355. Durante o período de percepção de salário-maternidade,será devida a contribuição previdenciária na forma estabelecidanos arts. 198 e 199 do RPS."

A AUTOAPLICABILIDADE DO JULGADO E A PRESCRIÇÃO

Como se sabe, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma têm efeitos *ex tunc*, retroagindo a data de criação desta.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal ter poderes de modular os efeitos da decisão, em relação ao julgado do Recurso Extraordinário 576967 **não houve modulação dos efeitos**, com a aplicação *ex nunc*, razão pela qual não se pode negar a retroatividade dos efeitos da declaração, **sendo nula desde a sua constituição**.

Ainda que se trate de declaração de inconstitucionalidade incidental em Recurso Extraordinário, ou seja, via controle difuso, a ela foi atribuída repercussão geral. Mas o seu resultado prático - a inconstitucionalidade dos descontos - não limitar-se-á às pessoas que se socorreram do judiciário para a declaração. Por ser inconstitucional alcançará a todas que tiveram os descontos.

Isso porque:

a) o julgado é vinculado[10].
b) preencheu todos os requisitos necessários - inclusive com a declaração de repercussão geral,
c) foi declarado em última instância recursal, que justifica a aplicação da abstrativização do controle difuso e torna desnecessária a comprovação de comunicação ao Senado, sendo este apenas um ato formal, até porque já publicada a decisão em 19 de agosto de 2020.

Neste sentido ensinam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins:

> A mais correta decisão nos parece ser aquela que atribui significado ao papel do Senado, sendo este, contudo, meramente formal. Cabe, ao nosso ver, ao Senado examinar se ocorreram os pressupostos constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade. Não nos parece merecer acolhida a alegação de se tratar de questão *interna corporis* do Supremo. Ao Senado incumbe justamente o indagar do respeito a todos os requisitos formais para a suspensão da lei ou ato. O Senado, nestas condições, em exercendo função própria do Legislativo, não se pode furtar à suspensão de lei declarada inconstitucional pelo STF desde que se tenham verificado os requisitos para tanto.[11]

É válido lembrar que desde 1977 o Supremo Tribunal Federal entende suficiente a comunicação ao Senado conforme previsão do Regimento Interno, art. 354, pois a decisão que declara a inconstitucionalidade, ainda que em controle difuso (adjetivado com repercussão geral), encerra em si mesma o efeito de excluir a eficácia da lei ou ato normativo.

10 Art. 102, parágrafo segundo da CF

11 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo, Saraiva, 1988, v. 4, t. 1, p. 179.

Fundamenta-se ainda nos princípios da força normativa da constituição, princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos destinatários; o Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição e seu interprete máximo e a dimensão política das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em relação a prescrição para o ajuizamento da ação de restituição do indébito, tendo em vista que se trata de inconstitucionalidade do desconto previdenciário, e inexiste tratamento legislativo ou precedente específico seria possível a aplicação da prescrição decenal.

Ao mesmo tempo, pois caberá ao judiciário, diante da ausência de lei a interpretação e definição na demora de alteração legislativa, acredita-se também ser passível a aplicação de um dos seguintes prazos:

1) prazo decadencial **quinquenal** do artigo 354 da IN 77/2015 do INSS[12] - prazo de requerimento do salário maternidade;
2) prazo prescricional **quinquenal** previsto no art. 3o, da Lei Complementar no. 118/2005, conforme Precedentes do STJ de maneira análoga. Este entendimento é o mesmo utilizado para repetição de indébito dos valores descontados sobre as férias e seu terço constitucional.

Neste sentido, ter-se-á a data de publicação[13] do RE 576967 - com repercussão geral - **19 de agosto de 2020** - como data base para viabilidade do pleito, buscando-se assim os **cinco anos** anteriores (até **agosto** de 2015) a considerar os meses de recebimento do benefício do salário maternidade, pois espera-se que os pagamentos dos salário maternidade a seguir de 19 de agosto de 2020 - sejam feitos de acordo com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Particularmente, diante da inexistência de legislação específica e de acordo com as normas existentes sobre o salário maternidade, para o caso de repetição de indébito deve ser o prazo decadencial de cinco anos, em uma aplicação análoga do artigo 354 da IN 77/2015 que é o prazo para requerimento do salário maternidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O salário maternidade, apesar de ter sido reconhecido como benefício previdenciário, a cargo do INSS desde 1966, sendo antes exclusivo do empregador, teve

12 Art. 354. O salário-maternidade poderá ser requerido no prazo de cinco anos, a contar da data do fator gerador, observado o disposto no art. 568.

13 A data da publicação é suficiente, dispensando a comprovação de comunicação ao Senado, por se tratar de ato formal.

uma recepção na legislação previdenciária diversas dos demais benefícios.

Em que pese a sua natureza jurídica de benefício previdenciário assistencial, passou a ser considerado base de cálculo para incidência previdenciária, tanto por parte do empregador como da empregada ou demais seguradas, sob os termos "folha de pagamento" e "salário contribuição" respectivamente, com respaldo no artigo 195, incisos I e II da Constituição Federal.

Diante desta divergência, foi entregue ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de analisar o instituto e suas regras sob a ótica constitucional tributária/previdenciária, a partir da análise do artigo 195, I da Constituição Federal e o artigo 22 da Lei 8.212/91, demandado pelo empregador.

O resultado é o julgado RE 567.697 que pode ser resumido em quatro pontos práticos:

1. Fixação da Tese 72: *"É inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade"*;
2. o salário-maternidade não configura contraprestação por serviços prestados pela empregada;
3. Declaração de inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 28 da Lei 8.212/91;
4. Declaração de inconstitucionalidade da parte final da alínea "a" do parágrafo nono do artigo 28 da Lei 8.212/91.

Confirma-se assim que o salário maternidade não tem natureza salarial e sim assistencial. E, por ter natureza indenizatória/compensatória assistencial não faz parte da folha de salário nem pode ser considerado salário contribuição. Apesar de se limitar a análise pontual sob a responsabilidade do empregador, como visto, é possível estender os efeitos deste julgado à obrigação das seguradas, prevista no inciso II do artigo 195 da Constituição Federal, pois os mesmos argumentos que isentam o empregador, isentam a segurada.

O recebimento do salário maternidade não decorre de contraprestação de um serviço prestado pela segurada/o ou remuneração equivalente, mas sim pelo fato de um dia ter contribuído para a previdência social em razão de um serviço prestado ou equivalente ou por opção (como é o caso das seguradas facultativas). Logo, não pode ser considerado salário contribuição e afasta a incidência do inciso II do artigo 195 da Constituição Federal. Aceitar esta posição é dar ao salário maternidade natureza diversa do que ela tem que é assistencial.

No entanto, a posição atual da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional é o contrário. Não obstante, como demonstrado, não encontra guarida na Constituição

Federal, pelas mesmas razões que impedem a incidência da contribuição patronal sobre o salário maternidade, a lembrar: o salário maternidade é um benefício previdenciário suportado pela Previdência Social; não é contraprestação de trabalho, não compõe folha de salários ou se enquadra em conceito de demais rendimento logo não é nem pode ser considerado salário contribuição, tem fundamentação a proteção da maternidade e infância e porque a declaração de inconstitucionalidade realizada neste julgado não se limita ao empregador, mas a todos que possam figurar como sujeito tributável.

Assim, da mesma forma que é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador por não compor o salário maternidade a "folha salário" para fins de aplicação do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo da segurada para fins de aplicação do inciso II do artigo 195 da Constituição Federal, pois o salário maternidade não é "salário contribuição". E assim é, pois houve a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28, parágrafo segundo e parte final da alínea "a" do parágrafo nono da Lei 8.212/91 que assim o considerava, somado aos mesmos fundamentos utilizados para retirar a obrigação do empregador.

Por ser este benefício previdenciário e não ter natureza salarial e sim assistencial, os descontos realizados quando do seu recebimento pelas seguradas, **independentemente** de sua categoria de segurada, são indevidos e ilegais/inconstitucionais, devendo assim ser restituídos através da Ação de Repetição de Indébito.

Tendo em vista a inexistência de norma sobre o assunto, acreditamos que o prazo para o ajuizamento de ação deve ser a aplicação análoga do artigo 354 da IN 77/2015, prazo para o requerimento do benefício, ou seja, quinquenal decadencial.

Por fim, observa-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu bem ao reconhecer que é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária sob o salário maternidade. Fez mais do que isso, definiu uma natureza jurídica que muito se discutia, reconhecendo que, por ser beneficio previdenciário e não ter natureza salarial, e sim assistencial, é indevido, ilegal e inconstitucional os descontos realizados pelo empregador, por ser mediador do pagamento e, em extensão à interpretação do acórdão, pela segurada, beneficiária do benefício previdenciário. Considerar o contrário é dar ao benefício uma roupagem diversa a que foi criada – assistencial para assistir a recém mãe/pai.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1988, v. 4, t. 1,

BRASIL, *Constituição Federal*, de 10 de out. de 1988. Brasília,DF, out 1988.

_____. Lei 8.212/91, de 24 de jul. de 1991. *Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências*. Brasília,DF, jul 1991.

_____. Ministério da Economia. Procuradoria Geral a Fazenda Nacional. *Parecer n. 183611/2020*. Disponível em: https://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/decisoes-vinculantes-do-stf-e-do-stj-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/arquivos-e-imagens/parecer_sei_n__18361_2020_me_salario-maternidade.pdf

INSS. Instrução Normativa 77/2015. *Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988*, de 22 de jan de 2015. Brasília/DF, jan.2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1.420.247-DF, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho DJe 10/02/2012. Brasília/DF, fev 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.967*. Ministro Luis Roberto Barroso. DJE: 19/08/2020 e 20/08/2020. Brasília/DF, ago 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2591930.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 04.11.2020
Aceito em: 19.12.2020

REVISTA JURÍDICA UNIGRAN

Normas de Submissão

A Revista Jurídica UNIGRAN é um periódico científico, na versão impressa e na versão *on line*, com periodicidade semestral, aberto à colaboração e participação da comunidade acadêmica interna e externa. Publica artigos científicos inéditos, resenhas críticas, jurisprudências comentadas e informações referentes à Ciência do Direito, além de uma seção com artigos de autores convidados.

Os documentos enviados como "artigos científicos inéditos", que devem obedecer a política de ética e boas práticas de publicação e contribuírem para a efetividade do direito, são submetidos à avaliação cega (blind review), protegendo-se a identidade dos autores quando da avaliação pelo Conselho Editorial e Científico ou de pareceristas *ad hoc*. Seus autores deverão concordar com o prazo de avaliação e com a cedência dos direitos autorais a essa Revista.

Os exemplares físicos são enviados às bibliotecas das principais faculdades de direito solicitando permuta; a versão eletrônica, publicada no site http://www. unigran. br/revista_juridica/, pode ser integralmente consultada de forma livre e gratuita, inclusive no Portal de Periódicos CAPES. A Revista remeterá, gratuitamente, a seus autores, dois exemplares do número em que forem publicados.

Solicita-se observar as instruções a seguir para o preparo dos trabalhos:

1. Endereço para envio dos artigos: exclusivamente via eletrônica para o e-mail: **revistajuridica@unigran.br.**

2. Os originais devem ser encaminhados completos, definitivamente revistos, com um mínimo de 12 e um máximo de 15 páginas, digitadas em espaço 1,5 entre as linhas. Recomenda-se o uso de caracteres Times New Roman, tamanho 12. Somente em casos especiais serão aceitos trabalhos com maior número de laudas. Os títulos das seções devem ser em maiúsculas, numerados sequencialmente, destacados com negrito. Não se recomenda subdivisões excessivas dos títulos das Seções.

3. A estrutura dos trabalhos deve obedecer à seguinte ordem:

- Título (e subtítulo, se houver). Deve estar de acordo com o conteúdo do trabalho.
- Autor(es). Logo abaixo do título, apresentar nome(s) do(s) autor(es) por extenso, sem abreviaturas. Com numeração, colocado logo após o nome completo do autor ou autores, remeter a uma nota de rodapé, relativa às informações referentes às instituições a que pertence(m) e às qualificações, títulos, cargos ou outros atributos do(s) autor(es). O Orientador, co-orientador de Trabalhos de Graduação, Dissertações e Teses passam a ser co-autores em

textos originados destes trabalhos.

- Resumo. Com o máximo de 250 palavras, o resumo deve apresentar o objeto estudado, seu objetivo e a metodologia adotada, apresentando os resultados, conclusões ou reflexões sobre o tema, de modo que o leitor possa avaliar o conteúdo do texto.
- *Abstract*. Versão do resumo para a língua Inglesa. Caso o trabalho seja escrito em Inglês, o Abstract deverá ser traduzido para o Português (Resumo).
- Palavras-chave (*Keywords*). Apresentar duas a cinco palavras-chave sobre o tema, separadas por vírgula.
- Sumário. Deve conter as principais divisões do trabalho.
- Texto. Deve ser distribuído de acordo com as características próprias de cada trabalho. De um modo geral, contém: **1 INTRODUÇÃO; 2 DESENVOLVIMENTO; 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 4 REFERÊNCIAS.**

4. Citações, referências e figuras:

- Citações. As citações textuais até cinco linhas devem ser colocadas entre aspas. As citações textuais longas (mais de cinco linhas) devem constituir um parágrafo independente, apresentadas em bloco. As menções a autores no decorrer do texto podem subordinar-se ao esquema autor-data (ex. SILVA, 2019) ou ao numérico (referência de rodapé), com a primeira referência completa e as demais podem vir abreviadas (op. cit. p. ou Ibidem, p.). A adoção de um ou outro sistema, implica que o texto devera respeitar, em todas as referências, o esquema adotado. A inconsistência nas referências implica em devolução do artigo submetido. De preferência adotar o sistema autor-data.
- Referências. Devem ser apresentadas ao final do trabalho, em ordem alfabética de sobrenome do(s) autor(es), em acordo com as normas da ABNT -NBR 6023 – Informação e Documentação – Referências -Elaboração
- Figuras. As Figuras (desenhos, gráficos, ilustrações, fotos) e tabelas devem apresentar boa qualidade e serem acompanhados de legendas breves e claras. As figuras devem ser numeradas sequencialmente com números arábicos e iniciadas pelo termo Figura, devendo ficar na parte inferior da figura. Exemplo: Figura 4 - Gráfico de controle de custo. No caso das tabelas, elas também devem ser numeradas sequencialmente, com números arábicos, e colocadas na parte superior da tabela. Exemplo: Tabela 5 - Cronograma da Pesquisa. No caso de fotografias, desenho artístico, mapas, etc., estes devem ser de boa qualidade e em preto e branco.

5. Em anexo ao e-mail, enviar o Termo de Autorização de Publicação e Declaração

de Cessão Gratuita de Direitos autorais (modelo em anexo) devidamente preenchido.

6. A cada edição, o Conselho Editorial selecionará, dentre os trabalhos considerados favoráveis para publicação, aqueles que serão publicados imediatamente, limitado a um máximo de 14 artigos por edição. Os não selecionados serão novamente apreciados na ocasião das edições seguintes.

7. Os conteúdos e os pontos de vista expressos nos textos são de responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente as posições do Corpo Editorial da Revista de Direito da Faculdade de Direito- UNIGRAN.

8. O Conselho Editorial se reserva o direito de introduzir alterações nos originais, com o objetivo de manter a homogeneidade e a qualidade da publicação, respeitando, porém, o estilo e a opinião dos autores. Os textos que não apresentarem as normas estipuladas para publicação, notadamente as de redação e formatação das referências, e o Termo de Autorização de Publicação e Declaração de Cessão Gratuita de Direitos Autorais NÃO serão avaliados.

9. Cessão de Direitos Autorais e Endereços. Juntamente com o trabalho, deverá ser enviado, assinado, o Termo de Autorização de Publicação e Declaração de Cessão Gratuita de Direitos autorais (modelo anexo) bem como o endereço completo de um dos autores para correspondência. Os trabalhos deverão ser enviados exclusivamente para o endereço eletrônico: **revistajuridica@unigran.br**.

UNIGRAN - Centro Universitário de Dourados.
Rua Balbina de Matos, 2121
79.824-900 - Dourados - Mato Grosso do Sul - MS.

ANEXO

CARTA DE SUBMISSÃO

TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO E DECLARAÇÃO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

Pelo presente instrumento, eu (nós) **nome …., RG…. e CPF…**, com **endereço residencial …. e eletrônico…** na qualidade de titular(es) dos direitos de autor do artigo denominado **título…**, o qual submetemos à apreciação da Comissão Editorial da Revista Jurídica Unigran, autorizo(amos) a publicação desse artigo na Revista Jurídica Unigran, ISSN 1516-7674 (Impressa) e ISSN 2178-4396 (*On line*) e cedo(emos), gratuitamente, os direitos autorais sobre o mesmo à Revista Jurídica Unigran.

Declaro(amos) expressamente que o artigo é original, não contém plágio e as opiniões emitidas no trabalho são de minha(nossa) exclusiva responsabilidade, ficando a Revista Jurídica Unigran isenta de quaisquer responsabilidades.

Autorizo(amos), a Revista Jurídica Unigran a proceder a modificações e correções para a adequação do texto às normas da publicação e informo(amos) também que li(emos) e estou(amos) ciente(s) e de acordo com as Normas de Publicação impressas nas últimas páginas das publicações da Revista Jurídica Unigran e das Políticas Editoriais disponível no site http://www.unigran.br/revista_juridica/normas.php e http://www.unigran.br/revista_juridica/politicaeditorial.php, particularmente no que se refere à originalidade do texto (o artigo não publicado anteriormente em outro periódico impresso ou digital) e à política de ética e boas práticas de publicação (não incorrer em transcrições indevidas ou plágios ou estar pendente de avaliação ou publicação em outro periódico).

Declaro(amos) que tenho(emos) ciência de que a Revista Jurídica Unigran tem caráter *pro bono* público enquanto veículo de divulgação científica e, portanto, a presente cessão é totalmente gratuita e não implicará em qualquer pagamento presente ou no futuro pela publicação deste artigo por mim (nós) cedido(s).

Por estar de acordo com as condições definidas pelos referidos editores da Revista Jurídica Unigran, assino(amos) a presente declaração para que surta os efeitos legais necessários.

Local _____ de _____ de 2020_

Autor 1_____

Autor 2_____