

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 15 | 2017.1

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 15 | 2017.1

Salvador, Bahia

2018



Editor-chefe

Prof. Fernando Caria Leal Neto

Editoras-executivas

Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

Ana Thereza Meirelles

Editoração eletrônica

SOEditoração Eletrônica

Capa

Salamanda

Conselho Editorial

Prof. Ms. Geovane de Mori Peixoto

Prof. Ms. Thiago Carvalho Borges

Prof. Ms. Társis Silva de Cerqueira

Prof. Ms. Roberto de Almeida Borges Gomes

Prof. Ms. Diogo Assis Cardoso Guanabara

Prof^a Ms. Lais Gramacho

Prof. Ms. Marcus Seixas Souza

Prof^a Ms. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Prof^a Dr^a. Ana Carolina Mascarenhas

Prof^a Dr^a. Ana Thereza Meirelles



Rua Visconde de Itaborahy 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

Linha editorial

O periódico Cadernos de Iniciação Científica é publicação impressa da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. A sua proposta é fomentar a produção científica dos discentes do Curso de Graduação em Direito, veiculando os trabalhos produzidos a partir dos grupos de iniciação científica da própria IES, bem como artigos autônomos encaminhados a partir de edital de chamada específico.

Os trabalhos recebidos devem se enquadrar, ao menos, em uma das seis linhas temáticas desenvolvidas na IES: Direito Processual e Constituição; Constitucionalização e a Ciência Penal; Direitos Fundamentais e sua efetividade; Direito Privado e contemporaneidade; Direito e Arte; e Perspectivas atuais em Direito Público.

Processo de Avaliação pelo Conselho Editorial

1. Para publicação dos trabalhos, é necessária a submissão ao Editor, que dará seguimento ao processo de avaliação conforme procedimento abaixo indicado.
2. Uma vez recebido o trabalho pela editoria, haverá o cadastro e em seguida será feita a remessa a um professor da Graduação em Direito para que avalie segundo critérios objetivos quanto à forma e conteúdo.
3. A avaliação é feita mediante formulário de avaliação, contendo questões inerentes aos aspectos formais e materiais do trabalho. A decisão pela publicação é formada pelos aspectos formal e material da avaliação.
4. O aspecto formal da avaliação consiste no juízo de adequação do artigo submetido ao edital e às normas da ABNT. A inadequação formal poderá levar à rejeição sumária do artigo por decisão dos editores. Se, contudo, o objeto da inadequação for sanável, o autor terá prazo de 10 (dez) dias para apresentar as retificações. Caso sanadas, serão remetidas para a avaliação pelo Conselho Editorial.
5. O aspecto material da avaliação é aferido pelo Conselho Editorial. O seu objetivo é aferir o valor científico do artigo em grau de iniciação científica, a articulação dos argumentos aduzidos, a qualidade das referências, a precisão técnica da abordagem e do uso dos elementos conceituais, bem como a construção do diálogo acadêmico. Nesse sentido, o parecer é o principal instrumento para determinar a aceitação e a prioridade na publicação.
6. Após a avaliação pelo Conselho, os editores avaliam o resultado e emitem uma decisão, que poderá ser pela aceitação, submissão a correções obrigatórias ou rejeição.
7. Como responsáveis pela qualidade da publicação, os editores zelarão pela qualidade editorial do periódico.
8. Não será admitido recurso da decisão que indeferir o trabalho.

9. Haverá rejeição sumária dos artigos identificados, que contenham trechos de outras obras sem a devida referência bibliográfica. Qualquer forma de plágio importará em rejeição.

Regras para publicação de artigos nos Cadernos de Iniciação Científica

1. O trabalho encaminhado para publicação no periódico *Cadernos de Iniciação Científica*, uma vez publicado, considera-se licenciado para a publicação, podendo ser veiculado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho deve ser enviado pelo correio eletrônico, para o endereço: publicacoes@faculdadebaianadedireito.com.br (no “Assunto”, fazer referência a Cadernos de Iniciação Científica).
3. O trabalho deverá ter entre 12 e 30 laudas. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. O espaçamento entrelinha deve ser 1,5; as margens superior e esquerda 3,0 cm e inferior e direita 2,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone e *e-mail*, bem como a autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.
6. Os trabalhos deverão conter título, além de serem precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*.
7. Deverão ser destacadas as *palavras-chave*.
8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas de acordo com NBR 10520.

9. O envio do artigo será considerado participação voluntária e gratuita do autor(a). Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Conselho Editorial da Revista. Os trabalhos aprovados com ressalvas serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

Fernando Caria Leal Neto

Editor dos Cadernos de Iniciação Científica

SOLICITAÇÃO DE PERMUTA

Solicita-se permuta.

Piedese canje.

On demande l'échange.

We ask for exchange.

Si richide lo scambio.

Austausch wird gebeten.

Sumário

CAPÍTULO I

A ADMISSIBILIDADE DO PROCEDIMENTO DE TOMADA DE DECISÃO APOIADA EM CASOS DE RECUSA A TRATAMENTOS MÉDICOS..... 17

Anna Katariny de Lima Melo

1. Introdução	20
2. O direito a recusa a tratamentos médicos	21
2.1. Autonomia privada, autonomia da vontade e autonomia existencial e suas limitações	22
2.2. Direitos de personalidade.....	25
2.3. Recusa a tratamentos médicos à luz da análise do Código Civil.	26
3. O procedimento de tomada de decisão apoiada	29
3.1. Incapacidade a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	30
3.2. O procedimento.....	33
4. A admissibilidade do procedimento de tomada de decisão apoiada em casos de recusa a tratamentos médicos.....	35
5. Conclusão	40
Referências	42

CAPÍTULO II

O EFEITO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NAS PRISÕES EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS..... 45

Caio Cesar Carvalho de Macedo Versiani

1. Introdução	49
---------------------	----

2. Audiência de custódia.....	50
2.1. Audiências de custódia nos tratados internacionais de direitos humanos	53
2.2. Implementação da audiência de custódia no Brasil	56
2.3. Posições doutrinárias.....	59
3. Tráfico de drogas.....	62
3.1. Dos critérios distintivos entre traficantes e usuários.....	64
3.2. Tráfico de drogas no direito comparado.....	67
4. O impacto das audiências de custódia no tratamento do tráfico de drogas: a realidade do núcleo de prisão em flagrante de Salvador-Bahia.	69
5. Considerações finais	71
Referências.....	73

CAPÍTULO III

DA (IN)COMPATIBILIDADE DA FEDERALIZAÇÃO DO ICMS: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	79
---	----

Dariel Oliveira de Santana Neto

1. Introdução	82
2. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços	83
2.1. Tributo indireto	83
2.2. Capacidade contributiva	84
2.2.1. Seletividade	86
2.3. Guerra fiscal	87
2.3.1. Uma saída	89
3. Competência tributária	89
3.1. Características relevantes a exposição.....	90
3.2. Sistema tributário constitucional	90
3.2.1. Exaustividade	91
3.2.2. Rigidez	91

3.3. Federalismo	92
3.3.1. Autonomia Financeira	93
3.3.2. Cláusula Pétreia	93
4. Federalização do ICMS	94
4.1. imposto de valor agregado	94
4.2. Repartição de receitas	95
4.2.1 Perda de Autonomia	96
4.3. Inconstitucionalidade.....	97
5. Conclusão	98
Referências	100

CAPÍTULO IV

O DIREITO DE REPRESENTAÇÃO NAS SUCESSÕES EM CASOS DE COMORIÊNCIA: UMA CRÍTICA À APLICAÇÃO ENCESSADA DOS ARTIGOS 1.851 E 1.854 DO CÓDIGO CIVIL	105
---	-----

Gabriel Ferreira Póvoa

1. Introdução	108
2. Aspectos jurídicos da comoriência	109
2.1. Perspectiva histórica e teorias	109
2.2. O instituto da comoriência no Direito brasileiro e implicações sucessórias.....	111
3. Direito de representação	112
3.1. Pressupostos	113
3.2. Causas e efeitos.....	115
4. A representação sucessória nos casos de comoriência.....	117
4.1. Os possíveis herdeiros e à aplicação dos artigos 1.851 e 1.854	118
4.2. A interpretação do tema na VII Jornada de Direito Civil	120
4.3. Precedentes jurisprudenciais.....	122
5. Conclusão	122

Referências..... 123

CAPÍTULO V

A QUESTÃO NA SÍRIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA UNILATERAL E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL..... 127

Johnatan Rodolfo de Souza D’Alcantara

1. Introdução 130

2. Os sujeitos do Direito Internacional Público 132

 2.1. O Estado 132

 2.2. As organizações internacionais e os indivíduos 136

 2.3. Os princípios da soberania e não intervenção 137

3. A intervenção humanitária 139

 3.1. A Carta das Nações Unidas x intervenção humanitária 142

4. Uma visão geopolítica da Síria 144

 4.1. USA vs. Síria: a intervenção humanitária unilateral..... 147

 4.2. A legitimidade da intervenção humanitária unilateral 148

5. Conclusão 150

Referências..... 152

CAPÍTULO VI

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS URBANÍSTICOS..... 155

Tatiana Cristina Barreto Zanini

1. Introdução 158

2. Propriedade e sua função social 159

3. Desapropriação..... 161

 3.1. Desapropriação e a Constituição Federal de 1988 161

 3.2. Desapropriação e o Estatuto da Cidade 164

4. A função social da propriedade e a desapropriação para fins urbanísticos	165
5. Conclusão	167
Referências	167

CAPÍTULO VII

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE OPRESSÃO: <i>HATE SPEECH</i> COMO INSTRUMENTO PARA SEGREGAÇÃO DA POPULAÇÃO AFRODESCENDENTE.....	169
---	-----

Vinicius de Almeida Santana Melo

1. Introdução	172
2. Notas elementares sobre direitos fundamentais.....	174
3. A liberdade de expressão como direito fundamental.....	176
4. Hate speech.....	179
4.1. Liberdade de expressão e liberdade de opressão.....	181
4.2. Posicionamentos jurisprudenciais.....	183
5. Marginalização do povo negro.....	184
5.1. <i>Hate speech</i> e opressão discursiva.....	186
5.2. Igualdade material e caso Jair Bolsonaro	187
6. Conclusão	188
Referências.....	190

CAPÍTULO VIII

A (I)LEGITIMIDADE DA ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E A CRISE NO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO	195
---	-----

Fernanda Cabral Pedreira

1. Introdução	198
2. Organização do Estado	199
2.1. O Princípio Federativo e a Teoria da Separação de Poderes	200
2.2. A separação de poderes aplicada ao direito brasileiro	203

SUMÁRIO

3. O presidencialismo de coalizão brasileiro e a crise no sistema político brasileiro	204
4. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a legitimidade na escolha de seus Ministros	207
5. Algumas notas sobre Direito Comparado	209
6. Conclusão	212
Referências.....	214

Capítulo I

A admissibilidade do procedimento de tomada de decisão apoiada em casos de recusa a tratamentos médicos.

Anna Katariny de Lima Melo

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.

A admissibilidade do procedimento de tomada de decisão apoiada em casos de recusa a tratamentos médicos.

RESUMO: O presente artigo é destinado à análise da possibilidade de utilização do procedimento de Tomada de Decisão Apoiada em caso de recusa a tratamentos médicos. Observa-se que no Código Civil em seu art.15 o instituto da recusa a tratamentos médicos é estabelecido ao assegurar o direito da personalidade a integridade física e o princípio da autonomia do paciente. Em paralelo a análise do direito de personalidade em questão, é analisado no trabalho a questão da incapacidade a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus impactos no exercício da autonomia do indivíduo. Será realizado ainda um estudo do novo instituto denominado Tomada de Decisão Apoiada como um modelo alternativo a curatela.

Palavras-chave: Autonomia; tratamentos médicos; direitos da personalidade; incapacidade; tomada de decisão apoiada.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 O DIREITO A RECUSA A TRATAMENTOS MÉDICOS 2.1 AUTONOMIA PRIVADA X AUTONOMIA DA VONTADE X

AUTONOMIA EXISTENCIAL E SUAS
LIMITAÇÕES 2.2 DIREITOS DA PER-
SONALIDADE 2.3 RECUSA A TRATA-
MENTOS MÉDICOS À LUZ DA ANÁ-
LISE DO CÓDIGO CIVIL **3 O PROCE-
DIMENTO DE TOMADA DE DECI-
SÃO APOIADA** 3.1 INCAPACIDADE A
PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA 3.2 O PROCEDI-
MENTO **4 A ADMISSIBILIDADE DO
PROCEDIMENTO DE TOMADA DE
DECISÃO APOIADA EM CASOS DE
RECUSA A TRATAMENTOS MÉDI-
COS** 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais foram inseridos na perspectiva das relações entre o Estado e os Cidadãos. Já no âmbito do direito privado, os direitos de personalidade ganharam destaque no ordenamento ao receber um capítulo específico no novo Código Civil de 2002.

O primeiro capítulo desse artigo destina-se a evidenciar a importância da análise desses direitos de personalidade, uma vez que tais direitos são essenciais para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Além disso, também é importante deixar claro a intrínseca relação dos direitos de personalidade com a autonomia privada, pois, mesmo tendo a indisponibilidade como característica, é possível que de forma transitória haja sua disposição.

Dentre vários direitos de personalidade expressos no Código Civil de 2002, o presente trabalho irá focar no direito à integridade física e a sua relação com a possibilidade de recusa a tratamento médico. Diante disto, ainda no primeiro capítulo, será evidenciado que o desenvolvimento da ciência médica e as atrocidades cometidas no período nazista contribuíram para mudanças na relação médico-paciente.

Assim, após diferenciar os diversos sentidos da autonomia – autonomia privada, autonomia da vontade e autonomia existen-

cial-, o trabalho em questão irá analisar o direito da personalidade estabelecido no art.15 do Código Civil, pontuando as questões de discussão na doutrina. Como por exemplo, a questão das Testemunhas de Jeová em casos de recusa à transfusão sanguínea.

Neste contexto, o consentimento esclarecido irá ser trabalhado como um instrumento capaz de promover à autodeterminação do indivíduo, proporcionando-lhe o poder de escolha em situações de recusa a tratamento médico. Além disso, serão apresentados os requisitos de validade deste consentimento.

Por conseguinte, serão apresentadas de forma comparativa as diferenças significativas trazidas pela Lei n. 13.146/15, denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência. Dessa forma, após a conceituação do instituto da incapacidade, bem como suas diferenças de previsão nos Códigos anteriores, o artigo se destinará ao modelo alternativo à curatela trazido pelo novo diploma normativo.

Denominado de Tomada de Decisão apoiada, o novo modelo prevê uma possibilidade intermediária entre a tutela e a curatela. Nele, os indivíduos plenamente capazes poderão solicitar um auxílio de pelo menos duas pessoas que gozem da sua confiança para o exercício de determinados atos. Tal procedimento será requerido por via judicial e terá termos específicos para cada indivíduo.

Por fim, o ultimo capítulo se encarrega de analisar a possibilidade de recusa a tratamento médico pela via da Tomada de Decisão Apoiada. Evidenciando, assim, se há uma autorização para realizar do consentimento da recusa por meio do instituto do apoio.

O presente artigo foi construído tendo como base pesquisas bibliográficas, legislação nacional e discussões doutrinárias e tem como principal objeto tecer uma reflexão sobre o tema atual e de escassa discussão na doutrina.

2. O DIREITO A RECUSA A TRATAMENTOS MÉDICOS

Ao analisar dois princípios da Bioética, evidencia-se que a restrição da autodeterminação de um indivíduo tem como consequência a ofensa à sua dignidade humana. Segundo o princípio da autonomia, cada sujeito (paciente) deve ter sua liberdade individual respeitada, sendo assegurada assim a sua decisão de afastar

intervenções médicas. Já pelo prisma do princípio da alteridade, nota-se que é imprescindível que se busque entender as diferenças entre as pessoas, possibilitando assim o experimento de diversos pontos de vista (BORGES, 2005, p.202).

Segundo a bioética principialista,

Ser autônomo não é a mesma coisa que ser respeitado como um agente autônomo. Respeitar um agente autônomo é, no mínimo, reconhecer o direito dessa pessoa de ter suas opiniões, fazer suas escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais. Esse respeito envolve a ação respeitosa, e não meramente uma atitude respeitosa. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 142).

Mesmo não existindo uma legislação geral quanto aos direitos do paciente no território brasileiro, estes estão protegidos de forma indireta em diversos diplomas normativos. O Código de Ética Médica, por exemplo, ao estabelecer deveres dos médicos, traz de forma indireta os direitos do paciente. Neste contexto, merece reconhecimento a Lei Estadual Paulista nº10.241/1999 que estabelece de forma clara os direitos dos usuários dos serviços de saúde do Estado de São Paulo, inclusive o reconhecimento da possibilidade da recusa a tratamentos médicos.

2.1. Autonomia privada, autonomia da vontade e autonomia existencial e suas limitações

Segundo Lalande (1999, p. 115), “Etimologicamente autonomia é a condição de uma pessoa ou de uma coletividade cultural, que determina ela mesma a lei à qual se submete”. Dessa forma, pelo prisma etimológico, a palavra autonomia significa o poder de dar a si a própria lei. Ou seja, uma pessoa autônoma é aquela capaz de se autodeterminar de acordo com suas próprias normas.

No campo do Direito Civil, o termo autonomia é dotado de inúmeros sentidos e tal polissemia pode ser justamente por conta do papel central que o termo ocupa neste ramo do direito (REQUIÃO, 2016, p. 25-26). Normalmente são encontradas duas expressões na doutrina que muitas vezes são encaradas como sinônimos, mas possuem uma importante distinção em relação às consequências práticas.

A definição da autonomia privada está relacionada com a análise da definição da autonomia da vontade (REQUIÃO, 2016, p.28). Entretanto, segundo Roxana Borges (2005, p.50-51) é necessária que haja a distinção entre os termos para que a discussão não seja lida sob a antiga perspectiva do individualíssimo exacerbado ou sob a crença da vontade em seu exercício de forma absoluta.

A autonomia da vontade é aquela mais ligada ao liberalismo clássico, onde é possível que o indivíduo use da sua vontade de forma irrestrita sem que haja qualquer interferência do Estado. Já a autonomia privada, consiste em um exercício da autonomia que se encontra limitado por outros direitos, estando relacionada com os Estados Sociais (BORGES, 2005, p.54).

A teoria da autonomia privada ao evidenciar que o puro consenso não é capaz de criar direitos contrariou a supremacia da vontade existente até então. Deste modo, ficou pacificado que apenas o consentimento previsto como legítimo pelo ordenamento é dotado de prerrogativa de criar direitos. Assim, a autonomia da vontade foi ultrapassada pela teoria da autonomia privada (BORGES, 2005, p. 52).

Para Érico de Pina Cabral (2004, p.111), a liberdade de autodeterminação estaria representada na autonomia da vontade, enquanto o poder de autodeterminação estaria relacionado com a autonomia privada. Assim, enquanto a autonomia da vontade está relacionada com a ideia de liberdade de autodeterminação de cada pessoa, a autonomia privada estaria relacionada com a liberdade de criação de normas para si.

Para Ana Prata (1982, p. 16), a autonomia privada pode ser caracterizada como o “poder de criar normas negociais”. Dessa forma, evidencia-se que a autonomia em questão não se relaciona com a liberdade em sentido extensivo e sim, na dimensão restritiva da liberdade negocial.

Entretanto, é importante evidenciar que mesmo existindo congruência entre a ideia de autonomia privada e a de liberdade negocial, a autonomia privada não se esgota numa espécie de autonomia contratual, uma vez que ela também abrange situações subjetivas existenciais, como cessão de uso da imagem e da voz, doação de óvulos e transplantes (BORGES, 2005, p. 50).

Em relação ao prisma das liberdades pessoais do indivíduo, o sentido da autonomia em destaque é a autonomia existencial. Dessa forma, tal autonomia está relacionada com a liberdade do sujeito de deliberar e gerir a sua vida de forma digna. É justamente neste contexto que as discussões delicadas como identidade de gênero, uso dos direitos da personalidade, eutanásia e aborto ganham destaque. Assim, a discussão da autonomia ultrapassa o campo negocial e pode ser também entendida como liberdade de agir em prol de uma vida digna (REQUIÃO, 2016, p. 31).

Deste modo, considerando a evolução da autonomia privada em detrimento da autonomia da vontade, o termo autonomia, em seu sentido amplo, engloba a autonomia privada e a autonomia existencial. Além disso, é de suma importância evidenciar que o segundo conceito possui um rol de pesquisa escasso (REQUIÃO, 2016, p.32-33).

Vale-se salientar que seria errônea a ideia de que certos grupos de bens estariam necessariamente relacionados com apenas um dos sentidos de autonomia supracitados. Deste modo, por exemplo, é possível tratar tanto da autonomia existencial, quanto da autonomia privada quando se analisa um negócio jurídico que envolva direitos da personalidade. Assim, enquanto a autonomia existencial estaria relacionada com o direito de dispor sobre a própria personalidade a fim de gerir a vida de forma digna, a autonomia privada se relacionaria com o direcionamento dessa liberdade para concretizar um negócio jurídico (REQUIÃO, 2016, p. 33).

Independente do sentido de autonomia adotado, ela sempre encontrará limitações assim como todo e qualquer direito. Segundo Maurício Requião (2016, p. 34), há três limitações à autonomia, sendo as limitações objetivas, subjetivas e relacionais.

As limitações objetivas acontecem quando certas práticas são repudiadas pelo ordenamento e pela sociedade, sendo assim proibidas. O que é discriminado é o conteúdo ou o modo de realização de certas práticas e justamente por isso, independem de condições pessoais ligadas ao sujeito. São exemplos clássicos dessa proibição as exigências formais existentes no Código Civil atual (REQUIÃO, 2014, p. 53).

Existe um rol de limitações à autonomia que embora esteja relacionado a uma limitação objetiva, tem como fundamento a proteção do sujeito. Nestes casos não há apenas uma restrição à autonomia privada, mas também a autonomia existencial. Assim, todas as restrições relacionadas a negócios jurídicos envolvendo direitos da personalidade estariam neste rol (REQUIÃO, 2016, p.45).

No campo das limitações relacionais o que acontece é uma proteção do Código Civil a um terceiro que poderia ser atingido pela prática de um determinado ato. Deste modo, o fundamento dessa limitação é justamente a proteção de interesses pessoais. O exposto no art. 1.647 do Código Civil vigente é um exemplo dessas vedações ao exigir a autorização do outro conjugue para a prática de certos atos (REQUIÃO, 2014, p. 55).

E por fim, as limitações subjetivas estão relacionadas ao estado do próprio sujeito. A questão da incapacidade, por exemplo, encontra fundamento nessas limitações ao impor que determinadas pessoas não são aptas para exercer certos atos da vida civil. Deste modo, a limitação subjetiva acaba sendo uma limitação protetiva ao próprio sujeito para impedi-lo de praticar atos que sejam danosos à sua dignidade enquanto pessoa (REQUIÃO, 2014, p. 56-57).

2.2. Direitos de personalidade

Segundo Clóvis Beviláqua (1975, p.70-71), a personalidade “é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”. Deste modo, a personalidade se materializa como um conjunto de direitos atribuídos a um ser. Entretanto, nos dizeres de Caio Mário (2002, p.154), a personalidade não constitui um direito, sendo um erro defender a possibilidade de o homem ter direitos à personalidade. Em verdade, a personalidade seria um ponto de apoio de todos os direitos, uma vez que é um conceito do quais vários direitos se irradiam.

Segundo Roxana Borges (2005, p.20), os direitos de personalidade integram uma categoria especial de direito, sendo assim diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. O objeto de tutela desses direitos é “projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes”.

Os direitos de personalidade são direitos que decorrem da condição de ser humano. Deste modo, há uma discussão na doutrina quanto ao seu status. Enquanto os jusnaturalistas entendem tais direitos como direitos naturais, os positivistas entendem tais direitos como históricos (BORGES, 2005, p.21-22).

Ainda hoje não existe um conceito preciso para definir os direitos de personalidade. Há inúmeras divergências em relação à sua existência, à sua natureza, à sua extensão ou à sua especificação. Sendo assim, tal direito é visto sob ângulos diferentes, o que o possibilita concepções distintas (BITTAR, 1999, p.2).

Independente da forma que forem tratados, os direitos de personalidade possuem características específicas, sendo extrapatrimoniais, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e indisponíveis. Deste modo, tais direitos são considerados absolutos, uma vez geram para toda coletividade um respeito aos direitos de cada indivíduo (BORGES, 2005, p. 32-34).

Como evidencia Orlando Gomes (1999, p.148), os direitos de personalidade são essenciais para o desenvolvimento da pessoa e estão aptos para propiciar uma efetividade na promoção da dignidade da pessoa humana, defendendo-o assim também como um direito absoluto.

Por fim, pode-se concluir que os direitos de personalidade são direitos subjetivos que compõem a personalidade do seu titular. Tais direitos são inerentes à pessoa e tem como papel principal salvaguardar a dignidade humana do indivíduo, vedando qualquer violação ou agressão de tal dignidade até mesmo pelo poder público.

2.3. Recusa a tratamentos médicos à luz da análise do Código Civil.

O direito de personalidade que merece foco neste trabalho acadêmico é o direito à integridade física. Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal (2016, p.217) “O direito à integridade física concerne à proteção jurídica do corpo humano, isto é, à sua incolumidade corporal, incluída a tutela do corpo vivo e do corpo morto, além dos tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização”.

Historicamente, devido a influências religiosas, o corpo humano era compreendido como uma dádiva divina e assim, era vedada qualquer intervenção no próprio corpo. Entretanto, com o advento da teoria da autonomia privada essa compreensão foi alterada, surgindo um “verdadeiro direito ao corpo” (CHAVES, ROSENVALD, 2016, p. 217).

Segundo Eduardo Bittar (1999, p.78), um dos pontos mais delicados em relação ao direito à integridade física é identificar quais os limites da autonomia privada. Tal direito é constantemente relativizado seja na prática de esportes perigosos, nas intervenções estéticas ou nas situações de automutilação.

Ainda no que concerne a integridade física, é importante fazer menção ao confronto desse direito com a necessidade de tratamentos médicos em determinados indivíduos. Segundo o Código Civil de 2002, em seu artigo 15, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Deste modo, extrai-se de forma clara do artigo que o indivíduo tem direito de se opor ao tratamento médico quando se apresenta risco de vida. Entretanto, um ponto de discussão é se na ausência desse risco, o indivíduo ainda tem direito de se opor (BORGES, 2005, p.202).

Segundo a autora, infere-se que mesmo o Código Civil vigente não deixando clara a possibilidade de oposição ao tratamento médico em casos onde há a inexistência de risco à vida, é possível tal exercício de autonomia pelo paciente (BORGES, 2005, p.202).

O exercício da autonomia no campo da saúde vai admitir a decisão sobre a escolha do médico ou a escolha do procedimento terapêutico baseado no consentimento esclarecido do paciente. Deste modo, é imprescindível que seja fornecida toda informação necessária para o determinado tratamento e a partir disso, o consentimento será dado pelo paciente capaz ou na falta da capacidade, pelos parentes ou por um terceiro indicado (DINIZ, 2001, p.297).

Como Roxana Borges (2005, p.202-203) bem observa, só será possível a dispensa do consentimento livre esclarecido do paciente quando ele estiver em estado de inconsciência ou impossibilitado

de se manifestar. Assim, estando nesse estado e com perigo de vida, é dever do médico submetê-lo a tratamento.

Segundo Elida de Sá (1999, p.81), “O paciente, capaz física e mentalmente, tem o arbítrio sobre sua pessoa. Estar doente não é obrigatoriamente sinônimo de ser incapaz. [...] Não tem o médico, em nome da obediência ao tratamento, o direito de tirar do doente sua autonomia da vontade.”

Ao analisar a possibilidade de recusa a tratamento médico, a questão das Testemunhas de Jeová em relação à recusa de transfusão sanguínea vem à tona. Se neste caso houver recusa do paciente, ela deverá ser respeitada não apenas por causa da proteção à integridade física do indivíduo, mas também para assegurar o direito constitucional estabelecido no art.5º, VI da Constituição Federal que tutela a liberdade de consciência e crença (BORGES, 2005, p.204).

Tal entendimento não é pacífico na doutrina, uma vez que há o empasse entre o direito de autodeterminação pessoal e a tutela constitucional da liberdade religiosa com o dever do médico de salvar a vida do paciente. Entretanto, como bem observado por Wilson Ricardo Ligiera (2009, p.253), o direito de recusa a tratamento médico não se condiciona a motivação do seu titular. Ou seja, qualquer indivíduo é livre para recusar ou aceitar qualquer tratamento mesmo que seja por motivo algum.

O Código de Ética Médica em seu art. 24 reconhece o direito do paciente de decidir autonomamente, podendo assim recusar o tratamento médico. Além disso, em seu art. 31, o Código veda o desrespeito ao direito daquele que decidir livremente sobre a questão terapêutica, mas deixa evidente a ressalva ao dizer “salvo em caso de iminente perigo de vida”.

Como bem indagou Maria Helena Diniz (2001, p.299), “se esse paciente for adulto e capaz, estaria, ao recusar o sangue, exercendo seu direito de escolha de tratamento médico, fundado nos arts.5º IV, VI, VIII e X, 19, I da Constituição Federal e no art.24 do Código de Ética Médica?”

Ricardo Lorenzetti (1997, p.134) admite o direito de contrariar tratamentos médicos mesmo em uma situação de risco, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece que ninguém poderá

ser obrigado a fazer algo senão em virtude de lei. Deste modo, o único requisito para que essa recusa possa ser feita é a obrigatoriedade do consentimento informado e esclarecido do paciente.

Por fim, é evidente que a inovadora disposição legal do artigo 15 estabelecido no Código Civil deve ser lida como “ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.” Deste modo, tal leitura permite uma desconsideração dos artigos do Código de Ética Médica que autorizavam tal intervenção sem a autorização do paciente. Ou seja, o limite da atuação dos médicos se encontra no não consentimento do paciente (BORGES, 2005, p. 202-207).

3. O PROCEDIMENTO DE TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Uma contribuição significativa do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi à inclusão do art. 1783-A no Código Civil que incluiu um novo instituto denominado de Tomada de Decisão Apoiada (TDA).

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Em conformidade com a nova sistemática das incapacidades, os portadores de deficiência são considerados plenamente capazes, podendo praticar seus atos da vida civil de forma autônoma sem os mecanismos da assistência ou representação. Neste ambiente, percebe-se que essas pessoas, por conta de certo grau de deficiência (psíquica, física ou intelectual), merecem em alguns casos uma atenção especial com o objetivo de proteger sua própria dignidade (FARIAS, ROSENVALD, 2016, p.338).

É neste contexto que surge a Tomada de Decisão Apoiada como um modelo alternativo a curatela e com o objetivo de facilitar o exercício da capacidade legal das pessoas portadoras de deficiência. Assim, tal instituto – TDA- se configura juntamente com a curatela e a tutela como um *tertium genus protetiv* (FARIAS, ROSENVALD, 2016, p.338).

Deste modo, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016, p.339), é evidente que tal instituto é um modelo que visa proteger os plenamente capazes que se encontram em situação de vulnerabilidade por conta de uma deficiência. Ou seja, mesmo a autonomia sendo regra através da plena capacidade, não se pode negar que tal modelo beneficia os indivíduos que se encontram em condição de fragilidade ao proporcionar o exercício da sua capacidade de fato em condição de igualdade.

A experiência estrangeira na adoção de medidas diferentes da curatela é das mais variadas. Enquanto existem sistemas que foram criados excluindo a curatela do ordenamento, como no caso da alemã *Betreuung*, existem outros que com a criação de novos modelos não se excluiu o modelo tradicional da curatela, mas tal criação objetiva o desuso do modelo tradicional, como se deu com a criação do “administrador” belga. Já a experiência francesa através do *sauvegarde de justice* evidencia um modelo de mero convívio entre os dois institutos, se aproximando assim do modelo escolhido pelo Brasil. Entretanto, só com um tempo poderá se perceber se a criação da tomada de decisão apoiada levará a um desuso da curatela na realidade brasileira (REQUIÃO, 2016, p.183).

3.1. Incapacidade a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência

O conceito de capacidade está relacionado ao da personalidade jurídica, uma vez que ao adquirir personalidade jurídica, surge para o indivíduo a capacidade de direito. Segundo Orlando Gomes (1999, p.172), a capacidade de direito é normalmente confundida com a personalidade, porque ninguém será totalmente privado dessa capacidade. Entretanto, a capacidade de fato está ligada ao exercício desses direitos, sendo assim condicionada à capacidade de direito. Ou seja, é possível que um indivíduo tenha capacidade de direito, sem a capacidade de fato, mas o contrário seria impossível. É justamente nessa impossibilidade do exercício que surge a incapacidade.

Como exceção a regra da capacidade, a incapacidade contempla os indivíduos que não possuem os requisitos que a lei considera como indispensáveis para prática dos atos civis. Dessa forma,

justamente pela falta de compressão da vida e dos atos civis, tais indivíduos merecem um tratamento diferenciado, proporcionando assim uma igualdade material (CHAVES & ROSENVALD, 2016, p. 321-322) .

A questão da incapacidade sempre foi estabelecida de modo sistematizado nas duas grandes Codificações Civis brasileiras. Além disso, em ambas as codificações, há uma divisão do regime da incapacidade em dois graus, onde todo ato praticado por um absolutamente incapaz é nulo e o realizado pelo relativamente incapaz é anulável (REQUIÃO, 2014, p.72).

Em relação ao rol da incapacidade absoluta, algumas diferenças são evidenciadas ao analisar os Códigos Civis. O Código Civil de 1916 em seu artigo quinto elencava como absolutamente incapaz os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Em relação ao menor, o Código Civil de 2002 permaneceu a incapacidade absoluta para os menores de dezesseis anos, sendo tal permanência criticada. A crítica é válida, pois para se alcançar a capacidade plena à idade foi mudada de vinte e um para dezoito anos. Deste modo, deveria ter havido de forma proporcional uma alteração no parâmetro da incapacidade relativa (REQUIÃO, 2014).

No ponto dos portadores de transtornos mentais, o Código Civil de 2002 trouxe uma tutela mais cuidadosa. A incapacidade deixou de ser absoluta para “os loucos de todo o gênero” e passou a possuir uma gradação dependendo do nível de compreensão dos portadores dos transtornos, podendo ser considerados como absolutamente incapazes ou relativamente incapazes. (REQUIÃO, 2014, p.73)

A menção direta aos surdos-mudos foi retirada na nova codificação, adotando-se a forma mais genérica de “aqueles que, por causa, transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. E, além disso, os ausentes foram excluídos do rol dos incapazes, uma vez que a ausência é ocasionada agora pelo desaparecimento do indivíduo, sendo obrigatória a nomeação de um curador para atuar como representante dos seus interesses (REQUIÃO, 2014, p.74).

No rol dos relativamente incapazes, a única manutenção do Código Civil de 2002 em relação ao de 1916 foi a respeito da incapacidade do pródigo. Como já foi dito anteriormente, houve diminuição da idade dos 21 para os 18 anos e houve uma gradação a autonomia dos incapazes por transtornos mentais, possibilitando alguns a alcançar a incapacidade relativa. E por outro lado, incluiu os ébrios habituais e os viciados em tóxicos no rol da incapacidade relativa (REQUIÃO, 2014, p.75).

Como bem destacado por Maurício Requião (2014, p.75), a mais digna modificação do Código Civil de 2002 em relação ao anterior foi à promoção de alguns portadores de transtornos mentais a incapacidade relativa. Deste modo, os indivíduos que não são afetados pelos problemas de ordem psíquica de forma significativa podem exercer sua autonomia de forma mais abrangente.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/15, em julho de 2015, o rol das incapacidades foi modificado significativamente. Tal Estatuto trouxe modificações para as mais diversas áreas do Direito e no tange o instituto da incapacidade, foi de grande importância para promoção de garantias para os portadores de deficiência de todos os tipos (REQUIÃO, 2016, p.162).

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016, p.331)

A síntese da situação não é facilmente percebida: O Estatuto da Pessoa com Deficiência almeja compatibilizar a teoria das incapacidades com a tábua axiológica constitucional, razão pela qual a retirada da plena capacidade jurídica de uma pessoa somente se justifica na proteção de sua própria dignidade, devendo o juiz, em cada caso, averiguar o grau de incapacidade pelos efeitos existências, e não pelas consequências econômicas ou sociais decorrentes.

A primeira grande modificação foi no rol da incapacidade absoluta. Por força do Estatuto, a única hipótese de incapacidade absoluta foi embasada em seu critério objetivo, sendo incapazes absolutos apenas os menores de 16 anos. Assim, diferente da redação originária do Código Civil de 2002, o critério médico estabelecido para identificar os graus de incapacidade a partir da deficiência psíquica ou intelectual foi ultrapassado (CHAVES, 2016, p. 332).

Como consequência da incapacidade absoluta, os atos praticados por esses indivíduos são nulos de pleno direito. Entretanto, como bem defendido no Enunciado 138 da Jornada de Direito Civil (2004) “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a ele concernentes, desde que demonstrem discernimento suficiente para tanto”.

No que toca a incapacidade relativa, os incisos II e III foram revogados, excluindo assim os portadores de transtorno mental de qualquer graduação de incapacidade. Deste modo, é evidente que o fato do indivíduo possuir transtorno mental não o torna automaticamente incapaz (REQUIÃO, 2016, p.162).

Outra diferença fruto do Estatuto foi o enquadramento daqueles “que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” no rol da incapacidade relativa. Como bem pontua Maurício Requião (2016, p.162) tal modificação parece que “desafia a lógica”. Com se sabe, um ato praticado por um relativamente incapaz para ser válido necessita da figura do assistente, ou seja, o ato é praticado pelo próprio sujeito, mas assistido pelo assistente. Deste modo, qual seria a lógica na situação em que alguém que se encontra impossibilitado de exprimir sua vontade poder ser assistido? (REQUIÃO, 2016, p.162).

Acredita-se que neste ponto o Estatuto se equivocou causando uma confusão entre os modelos da representação e da assistência. Segundo Atalá Correia (2015, p.3), caso não haja mudança legislativa, será razoável aceitar uma hibridização dos institutos. Assim, irá se admitir incapacidade relativa na situação em que o curador realmente representa e não assiste.

3.2. O PROCEDIMENTO

Segundo o art.1783-A no Código Civil, na Tomada de Decisão Apoiada o beneficiário plenamente capaz elege, no mínimo, duas pessoas idôneas para que lhes prestem auxílio na prática dos atos da vida civil. Além disso, é importante deixar claro que os apoiadores escolhidos precisam ter uma relação de vínculo e confiança com o beneficiário a fim de proporcionar o exercício em maior extensão da sua autonomia.

O regime de Tomada de Decisão Apoiada se constituirá pela via judicial. Sendo assim, antes de decidir, o juiz terá que ouvir o requerente, os apoiadores escolhidos, o Ministério Público e a equipe multidisciplinar. Outro ponto importante do procedimento é que o indivíduo que objetiva ser apoiado terá legitimidade ativa para o requerimento. Ou seja, é um ato pessoalíssimo, onde a legitimidade é exclusiva de quem dela se beneficiará. Dessa forma, diferente da curatela, o sujeito possuirá apoiadores não porque lhe foi determinado, mas porque em exercício da sua autonomia, o quis (REQUIÃO, 2016, p.183-184).

Segundo o art. 1783-A, §1º, o plano de apoio deve estabelecer de forma detalhada todos os seus termos, os limites ao apoio, o compromisso dos apoiadores, os direitos e interesses da pessoa apoiada, bem como o prazo da vigência do acordo. Além disso, embora o sistema de apoio tenha sido previsto por força do Estatuto da Pessoa com Deficiência, qualquer pessoa capaz que sinta necessidade do auxílio pode requerê-lo. Neste contexto, fica claro que tal sistema poderá ser diferente para cada sujeito, uma vez que o detalhamento do termo dependerá da exteriorização de vontade de cada indivíduo (MENEZES, 2016, p. 45).

Segundo o art. 1.783-A, §6º, diante de casos em que a realização de determinado negócio jurídico possa trazer prejuízos ao apoiado, se houver divergência entre o apoiado e o apoiador, o Ministério Público deverá ser ouvido e conseqüentemente, o juiz precisará decidir sobre o impasse.

Interpretando o Estatuto da Pessoa com Deficiência de forma sistemática, possibilita-se inferir que diante de casos relacionados a negócios de menor monta, a escolha do apoiado prevalecerá em relação à manifestação dos apoiados. Sendo assim, é dispensável a presença do juiz para proferir decisão final sobre essas controvérsias (REQUIÃO, 2016, p. 185).

No modelo de Tomada de Decisão Apoiada se buscou destacar o papel positivo do apoiador ao sujeito que ele apoia. (REQUIÃO, 2016, p.186). Deste modo, por força dos parágrafos sétimo e oitavo do art.1.783-A, se o apoiador for denunciado por agir com negligência ou por exercer pressão indevida sobre o apoiado, o juiz poderá destituir o apoiador depois de ter ouvido a pessoa apoiada

e o Ministério Público, determinando que se indique ou não um novo apoiador.

Além disso, é facultado ao apoiador o direito de se desligar do processo de Tomada de Decisão Apoiada mediante autorização judicial. Embora não haja determinação legal expressa, a saída do apoiador não implica necessariamente no fim do processo de apoio. Dessa forma, o apoiado poderá indicar um novo apoiador e somente com sua autorização o apoiado poderá ter extinção do processo (REQUIÃO, 2016, p.186).

Finalmente, é evidente que a Tomada de Decisão Apoiada surge como modelo alternativo a curatela de modo a favorecer o exercício da autonomia das pessoas vulneráveis. Além disso, é importante ressaltar que tal processo não implica na restrição à capacidade de exercício, sendo o apoiado plenamente capaz.

4. A ADMISSIBILIDADE DO PROCEDIMENTO DE TOMADA DE DECISÃO APOIADA EM CASOS DE RECUSA A TRATAMENTOS MÉDICOS

O pleno exercício da autonomia não se esgota na vontade e na capacidade. Aliados aos dois pressupostos, a informação é um requisito imprescindível para que o indivíduo realize suas escolhas em um contexto de igualdade. Dessa forma, é evidente que a informação é um pressuposto da liberdade de escolha e está intrinsecamente ligada com o exercício da autonomia do indivíduo (MARCHI; SZTAJN, 1998, p.2).

No contexto atual, a relação médico-paciente está sendo repensada, uma vez que o paciente não é tratado mais como um mero coadjuvante. A autonomia em saúde não consiste apenas na escolha do profissional de saúde pelo paciente, mas também na possibilidade de se admitir ou não um tratamento. Assim, fundada no respeito à pessoa humana e a sua individualidade, cada pessoa pode exercer sua autonomia ao determinar seus interesses em um tratamento médico (MARCHI; SZTAJN, 1998, p.2).

A declaração de vontade do paciente ocorre através do consentimento esclarecido. Ou seja, o médico tem o dever de fornecer todas as informações do tratamento para o paciente e a partir dis-

so, ele poderá outorgar o seu consentimento. Assim, a informação e o consentimento livre e esclarecido são obrigações legais onde privilegiam o exercício da autonomia ou autodeterminação dos pacientes (CASABONA, 2004, p. 130).

Segundo João Vaz Rodrigues (2001, p.354), nas situações de recusa a tratamento médico, utiliza-se o termo “dissentimento informado”. Para ele, mesmo a decisão em seu prisma negativo, possui elementos nucleares idênticos para formação da vontade. Ou seja, após esclarecimentos de todas as informações do procedimento médico em questão, é possível surgir um dissentimento ou um consentimento informado.

É certo que a plena capacidade do paciente é requisito de validade para o consentimento, uma vez que é necessário que haja uma manifestação de vontade consciente e livre. Entretanto, nem sempre o paciente se encontra em uma situação de poder manifestar de forma válida a sua vontade (CASABONA, 2004, p. 148).

Segundo o Código Civil vigente, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, enquanto os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e viciados em tóxicos, os pródigos e aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade se caracterizam como relativamente incapazes.

Pelo plano médico, a capacidade não é preenchida com o conceito legal. Dessa forma, “a capacidade será aquele estado psicológico empírico em que podemos afirmar que a decisão tomada por um sujeito é a expressão real da sua própria identidade individual, isto é, de sua autonomia moral pessoal.” (RODRIGUES, 2001, p.200). Neste contexto, em caso de recusa a tratamentos médicos, a capacidade será aferida em primeiro lugar pelo médico ao analisar as condições do paciente.

No que tange incapacidade pelo requisito etário, em alguns países se defende a denominada “doutrina do menor amadurecido”. Segundo tal doutrina, a capacidade não deve ser analisada apenas pela idade do paciente, mas também pela averiguação se o paciente tem condições de compreender o procedimento médico em questão e suas consequências (LIGIERA, 2009, p. 216).

Desta forma, no que tange o consentimento esclarecido do paciente, surge o impasse se é ou não possível à recusa ao tratamento médico por outra pessoa distinta dele. Roxana Borges (2014, p. 205) deixa claro que apenas a própria pessoa pode se recusar ao tratamento médico, entendendo que no caso dos incapazes, a declaração feita pelo representante não será válida.

Já Maria Helena Diniz (2001, p. 300) apresenta um modelo de documento que possibilita que o paciente nomeie alguém para tomar decisões relacionadas ao tratamento médico caso o próprio sujeito esteja incapacitado de se autodeterminar. Tal documento se denomina de “Diretrizes Antecipadas Relativas a Tratamentos de Saúde e Outorga de Procuração” e se baseia na primazia do respeito à autonomia do paciente mesmo quando impossibilitado de exercer plenamente seus atos.

A Resolução n. 1995/12, do Conselho Federal de Medicina em seu art.1º e 2º tutela a possibilidade do indivíduo realizar declaração prévia de vontade. Segundo tal resolução, é possível que a pessoa estabeleça os parâmetros para uma eventual situação de ausência de consciência onde será impossibilitada a decisão autônoma, como também que a pessoa indique um procurador que transmita essa vontade do indivíduo aos médicos ou que decida em casos que o indivíduo se declinou em expressar previamente.

Segundo o Enunciado n.533 na VI Jornada de Direito Civil,

O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

Como já foi visto, a figura do apoiador é distinta das figuras do assistente e do representante. Assim, o papel principal do apoiador é fornecer segurança à pessoa que o solicita. É justamente neste contexto que vai se evidenciar que tal modelo de apoio pode ser estendido para além dos portadores de deficiência, abrindo margem para as pessoas que se sentem vulneráveis. Os idosos, por exemplo, poderiam se sentir mais seguros e aptos à prática de determinado atos caso sejam apoiados (DANELUZZI; MATHIAS, 2016, p76-77).

No instituto da tomada de decisão apoiada, o apoiado conserva a sua capacidade de exercício. Ou seja, mesmo em determinados atos em que o apoiado seja auxiliado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrições na sua capacidade, sendo assim apenas privada de legitimação para prática de determinados atos (ROSENVOLD, 2016, p. 1).

Dessa forma, surge o impasse se há admissibilidade do procedimento de Tomada de decisão apoiada em casos de recusa a tratamento médico. É evidente que a lei brasileira deixou em aberto sobre a possibilidade dos apoiadores realizarem atos existenciais privativos da pessoa apoiada (ROSENVOLD, 2016, p.4).

Se for tomado como fundamento o fato de até a tradicional curatela apenas afetar os atos relacionados à natureza patrimonial e negocial, vai se entender que não é possível a realização de atos existenciais pelo apoiador. Entretanto, após uma reflexão mais rebuscada, é possível se legitimar tais atos dos apoiadores quando promova a dignidade do apoiado, uma vez que tal instituto só vigorou por manifestação de vontade do próprio apoiado. Além disso, outro ponto que legitima tal situação é que pessoa apoiada poderá revogar os poderes conferidos aos apoiadores a qualquer tempo (ROSENVOLD, 2016, p.4).

Diante da omissão legal, pode se extrair que o apoio tratará juntamente de questões patrimoniais e questões existências, ou apenas uma delas. Assim, o tipo de apoio dependerá da necessidade específica de cada apoiado. A permissão para o auxílio em questões existenciais como aquelas relacionadas ao casamento, à educação e à saúde, por exemplo, se fundamenta justamente na ideia de que a pessoa apoiadora não ocupará a função de assistente, nem tão pouco de representante. Ou seja, o apoio não consiste na substituição de vontade quanto ao exercício de direitos fundamentais, nem na transmissão de direitos da personalidade (MENEZES, 2016, p. 47).

Dessa forma, se o apoiado incluiu os parâmetros da recusa ao tratamento médico como objeto da Tomada de Decisão Apoiada, é porque já tinha consciência que precisaria de auxílio naquela área (MENEZES, 2016, p. 47).

Neste contexto, é importante enfatizar que no instituto da Tomada de Decisão Apoiada, diferente do mandato, não há uma transferência de poder decisório para o apoiador. Assim, todos os limites dos poderes conferidos ao apoiador estarão delimitados no termo de apoio, sendo este baseado na vontade de cada indivíduo que optou pelo modelo de auxílio (MENEZES, 2016, p. 48).

Nas situações em que o apoiado estiver limitado de se auto-governar, surge o impasse ato à possibilidade de manifestação de vontade através de o consentimento esclarecido ser exercida pelos apoiadores. É neste contexto que se percebe que, apesar da possibilidade da declaração prévia de vontade trazida pela Resolução n. 1995/12 do Conselho Federal de Medicina se assemelhar com a Tomada de decisão apoiada, tais institutos são estruturalmente e funcionalmente distintos (ROSENVALD, 2016, p. 2).

Como bem pontua Nelson Rosenvald (2016, p.2), a Tomada de Decisão apoiada surge como forma de auxiliar o sujeito fragilizado, protegendo assim a sua vontade residual. Dessa forma, tal instituto possui efeitos imediatos e requer todo um processo de autorização e comprovação da real necessidade do auxílio em uma audiência de entrevista com a presença do juiz. Já as diretrizes antecipadas pressupõem a capacidade plena de quem formula o testamento vital e somente produzirá efeitos em casos de uma eventual impossibilidade de manifestação de vontade.

Entretanto, mesmo com as distinções entre os dois institutos:

Excepcionalmente, será viável flexibilizar o suporte legal da TDA para disciplinar o exercício do consentimento informado de beneficiários que, apesar da plena capacidade ao tempo do pedido, estejam na iminência de uma intervenção cirúrgica programada ou com uma patologia já diagnosticada, que, em um ou outro caso, conduzirão a um provável prognóstico de restrição na autodeterminação. Nesses casos, faz todo sentido a ampliação do escopo da TDA, mesmo que com excepcional postergação de sua eficácia pro futuro, sem que tal medida seja considerada uma forma de sub-rogação de uma declaração antecipada de vontade, porém expressão de consentimento informado, na qual o potencial beneficiário antecipará as circunstâncias em que prestará adesão aos tratamentos propostos pelos médicos. Cremos que essa seja uma legítima solução de compromisso hábil a evitar uma dilação excessiva do espaço entre o decreto de TDA

e sua eficácia e a hermenêutica literal do vocábulo “atualidade”, que engessa a pertinência subjetiva dos candidatos as medidas de apoio. (ROSENVALD, 2016, p. 2).

Dessa forma, é importante observar que se a omissão legislativa perdurar em relação à tutela das diretivas antecipadas, é provável que os juízes e os tribunais ajam de forma ativista ao interpretar extensivamente os dispositivos da TDA nas questões sobre as decisões do fim da vida.

5. CONCLUSÃO

Após análise do direito de recusa a tratamento médico, pode-se concluir que é imprescindível a tutela do direito a liberdade em questões relacionadas à saúde, uma vez que o paciente é o principal legitimado para tomar decisões enquanto a sua própria existência. Assim, a única exceção à regra é nos casos em que o paciente possui uma falta de capacidade de discernimento e saúde psíquica comprometida.

O Código Civil de 2002 consagrou em seu art.15 a possibilidade de recusa a tratamento médico, estabelecendo que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica mesmo em situações que envolva risco de vida. Assim, é preciso que haja uma releitura da postura médica à luz de princípios constitucionais, evidenciando a existência de um direito a tratamento médico e não um dever de se submeter a um tratamento.

Neste contexto, conclui-se que é dever do profissional médico exercer seu dever de informação de forma clara e acessível, demonstrando todas as informações essenciais do tratamento, bem como as informações sobre o estado de saúde do paciente. Assim, apenas dessa forma, o paciente poderá tomar sua decisão de forma consciente e eficaz.

Como foi visto, segundo a bioética principialista, as intervenções paternalistas do médico apenas se justificariam nos indivíduos dotados de autonomia diminuída. É importante reiterar aqui que no âmbito da relação médico-paciente a análise dessa autonomia não se esgota na presença da capacidade civil, mas também

na capacidade do paciente compreender as informações relacionadas ao seu tratamento e seu estado de saúde.

O instituto da Tomada de Decisão Apoiada, por sua vez, surgiu em conformidade com a nova sistemática das incapacidades e como um modelo alternativo ao da curatela. Nele, como já foi apresentado, o indivíduo irá eleger pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha uma relação de confiança para lhe auxiliar na tomada de decisão sobre os atos da vida civil. Ou seja, o apoiador deverá fornecer elementos e informações necessárias para que o apoiado possa exercer sua capacidade de forma adequada.

É neste sentido que se permite concluir a admissibilidade do procedimento de Tomada de Decisão Apoiada nos casos de recusa a tratamento médico, uma vez que tal instituto, além de conservar a capacidade civil do indivíduo, permite através do auxílio a proteção da dignidade do apoiado e o alcance a igualdade substancial.

Deste modo, se o direito a recusa a tratamento médico estiver elencado no termo de apoio, é dever do apoiador auxiliar o paciente fornecendo-lhe as informações necessárias para que o apoiado possa exercer a sua capacidade. Assim, reitera-se aqui que o apoio é uma medida ortopédica, mas nunca amputativa de direitos.

Ainda é importante frisar que havendo a figura do apoiado não pode ser equiparado ao papel de um amigo ou de alguém a quem se pede uma opinião. Em verdade, o apoiador terá dever de zelar pelos interesses da pessoa apoiada em relação ao que for objeto de apoio, exercendo assim, não apenas o dever de proteção e cooperação, mas principalmente, em contexto de recusa a tratamento médico, o dever de informação.

Em situações de discordância do apoiador em relação à escolha do apoiado, o apoiador deverá informar de imediato ao juiz caso ache que tal escolha tenha possibilidade de causar prejuízos ao apoiado. Dessa forma, o juiz ouvirá o Ministério Público e no final, decidirá com base na equidade. Aqui é importante deixar claro que, caso se perceba que na capacidade de agir e de entender todas as consequências da recusa, inclusive dos riscos que ela pode causar, não haverá nenhuma justificativa para intervenção do juiz em impedir o chamado dissentimento esclarecido.

Já em situações onde o apoiado esteja impossibilitado de manifestar sua vontade, pode-se de forma excepcional, flexibilizar o instituto da Tomada de Decisão Apoiada para o exercício do consentimento informado através dos apoiadores. Na Tomada, o beneficiário antecipará as circunstâncias em que se submeterá ao tratamento médico e tal declaração será utilizada como baliza para as decisões dos apoiadores.

Pelo exposto, deve-se entender que o direito a recusa a tratamento médico é protegido pelo ordenamento, bem como o seu exercício pelo paciente que se encontra em um modelo de apoio, uma vez que tal procedimento consagra a ideia da autonomia do apoiado e o proporcional o alcance de uma igualdade substancial.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 3.a ed. Rio de Janeiro: ForCense, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2016.

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 1916.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: JR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado. São Paulo**: Editora Revista dos tribunais LTDA, n. 19, jul./set. 2004, p. 83-129

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p-128-171.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – parte geral e**

LINDB, volume I. 14.ed. Salvador: Editora jusPodium, 2016.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas> > Acesso em: 13 Maio. 2017.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo. Editora Saraiva. 8.ed, 2016.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2004.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **Responsabilidade Médica: diante da recusa de transfusão de sangue**. São Paulo: Nelpa, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad Civil de los Médicos**, Tomo I, Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 1997, p.203)

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. 1ª ed. Salvador: Juspodivim, 2016.

_____ Autonomia e suas limitações. In: JR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA., n. 60, out./dez. 2014, p. 85-98

_____ **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades> > Acesso em: 13 Maio. 2017.

REQUIÃO, Maurício. **Autonomia, Incapacidade e Transtorno Mental: Proposta pela Promoção da Dignidade**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROSENVALD, Nelson. **Há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade?** . Disponível em: < www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/05/31/Há-fungibilidade-entre-a-tomada-de-decisão-apoiada-e-as-diretivas-antecipadas-de-vontade-1 >. Acesso em: 10 Maio. 2017.

_____ **A Tomada de Decisão Apoiada: Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20162114/a-tomada-de-decisao-apoiada---nelson-rosenvald>> . Acesso em: 21 Maio. 2017.

MARCHI & STZTAJN. Autonomia e heteronomia na relação entre profissional de saúde e usuário dos serviços de saúde. **Revista Bioética**. v.6, n.1, 1988.

MENEZES, Joyceana. **Tomada de Decisão Apoiada: Instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei N.13146/2015)**. Disponível em: <www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf> Acesso em: 10 Maio. 2017.

Capítulo II

O efeito das audiências de custódia nas prisões em flagrante por tráfico de drogas

Caio Cesar Carvalho de Macedo Versiani

Graduando em Direito e membro do Grupo de Estudos em
Execução Penal pela Faculdade Baiana de Direito.

O efeito das audiências de custódia nas prisões em flagrante por tráfico de drogas

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo avaliar os efeitos da implantação da audiência de custódia no Brasil, utilizando-se de trabalhos empíricos para observar se a hodierna ferramenta faz jus ao objetivo de consolidação dos direitos humanos do indivíduo preso. Para tanto, precipuamente busca-se entender como se deu sua implantação em solo pátrio, além das posições doutrinárias a respeito. Ademais, uma vez que o tráfico de drogas se demonstra o delito responsável pelo maior número de prisões no país, necessário é observar se houve algum efeito da supracitada audiência nas prisões em flagrante envolvendo este crime, perpassando necessariamente pelo modo como o ordenamento jurídico o disciplina, com fulcro na (frágil) distinção entre usuário e traficante.

Palavras – Chave: Audiência de Custódia; Tráfico de Drogas; Direito Processual Penal; Direito Penal; Criminologia; Direito Constitucional.

ABSTRACT: The following scientific paper has an objective to evaluate the effects of the implantation of a custody hearing in Brazil, using empiric

work to verify if the current tool lives up to the goal of consolidating the prisoner's human rights. In order to do so, it is mainly sought to understand how its implantation was carried out in the country, as well as the doctrinal positions regarding it. In addition, since drug trafficking is the crime responsible for the greatest number of prisons in the country, it is necessary to observe if there was any effect of the aforementioned hearing in the flagrant prisons involving this crime, necessarily going through the way in which the legal system disciplines it, focusing on the (fragile) distinction between the user and the drug dealer.

Keywords: Custody Hearing, Drug Trafficking, Criminal Procedural Law; Criminal Law; Criminology; Constitutional Law.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA 2.1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS 2.2 IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL 2.3 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS 3 TRÁFICO DE DROGAS 3.1 DOS CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE TRAFICANTES E USUÁRIOS 3.2 TRÁFICO DE DROGAS NO DIREITO COMPARADO 4 O IMPACTO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO TRATAMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS: A REALIDADE DO NÚCLEO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DE SALVADOR-BAHIA 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A instituição das audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro tornou-se um tema altamente debatido recentemente, uma vez que qualquer alteração realizada no processo penal, instituto que trabalha eminentemente com o bem jurídico mais precioso passível de violação no ordenamento, liberdade, ensejará diversas polêmicas. Sob as acentuadas discussões doutrinárias e, até mesmo, políticas, o novíssimo instituto vem se consolidando dia após dia na rotina jurídica pátria.

Não obstante, o estabelecimento do tráfico de drogas como delito, inclusive equiparado a crimes hediondos, perfaz-se outro tema amplamente debatido na doutrina penal contemporânea, importunando inclusive as instâncias superiores dos tribunais brasileiros.

Diante deste cenário, a análise dos efeitos da audiência de custódia nas prisões em flagrante por tráfico de drogas torna-se ainda mais considerável, para frisar se, efetivamente, o instituto vem cumprindo com suas funções expectáveis. Em face desta realidade, a demarcação de um espaço territorial para análise demonstra-se precisa, diante da prática empírica da pesquisa. O pouco tempo de implantação das audiências poderia apresentar-se como um entrave, porém a coleta de informações não deixa de ser proveitosa para uma análise inicial.

A pretensão que se tem com o presente artigo é unificar dados para que haja uma averiguação se, de fato, a implantação das audiências de custódia vem causando alguma mudança no âmbito jurídico, precipuamente no que tange à liberdade dos presos em flagrante, ou se a sua instituição deu-se por mera formalidade, em respeito a ordenamentos internacionais.

A possibilidade de facilitar um debate mais amplo a respeito do tráfico de drogas e da garantia de direitos humanos no processo penal, além de seccionar dados existentes com o objetivo de tornar clarividente certos aspectos, objetiva ser grande a contribuição para o meio jurídico, cativando uma maior quantidade de pesquisa empírica nesta área. Ademais, a análise poderá trazer, ainda que inicialmente, contribuições para uma maior efetividade do instituto em comento.

A primeira parte deste escrito busca analisar as audiências de custódia, entendendo como se deu sua implantação no ordenamento pátrio, a forma como legislações internacionais influenciaram este estabelecimento e como a doutrina tem-se posicionado a respeito. A segunda parte busca analisar sinteticamente o delito de tráfico de drogas, examinando o tratamento jurídico que este recebe, ainda perpassando pelo modo como outras legislações tratam o tema.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Dispõe o artigo 1º da Resolução 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça que a audiência de custódia é a apresentação de toda pessoa presa em flagrante delito, independente da motivação ou da natureza do ato, a uma autoridade judicial competente no prazo de 24 horas, de forma obrigatória, onde será ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão.¹

Desta maneira, ocorria até então no processo penal pátrio, quando o indivíduo era preso em flagrante delito, a imediata apresentação ao delegado de polícia, que, observando fundadas suspeitas de cometimento do delito, ratificaria o flagrante e mandaria recolhe-lo à prisão, remetendo o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, nos termos do artigo 306, caput, do Código de Processo Penal.²

O juiz, então, recebia o auto de prisão em flagrante em suas mãos, e prosseguia com o controle jurisdicional desta, relaxando a prisão ilegal, convertendo em prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória, com ou sem fiança, como dispõe o artigo 310 do mesmo código.³

Não obstante, de acordo com a resolução oriunda do CNJ, o juiz não mais receberia apenas os papéis do auto de prisão em fla-

1 BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015: Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 04 mar. 2017.

2 BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-lei Nº 3.689. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 05 mai. 2017.

3 *Ibidem*.

grante, mas o indivíduo preso pessoalmente, em uma audiência, contando com participação do Ministério Público e da defesa (advogado constituído ou Defensoria Pública). A audiência seria, então, um instrumento por qual o custodiado deveria ser visualizado dentro de 24 horas, como classifica Guilherme de Souza Nucci.⁴

É de extrema importância enfatizar que o juiz não deixará de receber o auto de prisão em flagrante, mas o receberá também com o indivíduo preso, de forma personalíssima.

Segundo Caio Paiva:

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre Ministério Público e a defesa, exercer um controle imediato de necessidade e legalidade da prisão.⁵

O objetivo precípua da audiência de custódia não é analisar as provas contra o indivíduo, uma vez que esta não é uma audiência de instrução, mas sim averiguar se há a real necessidade de converter o flagrante em prisão processual, com a possibilidade da aplicação de medidas cautelares adversas ou relaxamento na hipótese de prisão ilegal.

Ricardo Lewandowsky, presidente do CNJ no momento em que as audiências de custódia começaram a ser implantadas, já alegou que elas servem, especialmente, para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas que, ainda que tenham cometido delitos, não devam permanecer presas durante o processo. Ainda, assevera que o contato direto do juiz com o retido possibilita uma análise mais cautelosa das circunstâncias da prisão.⁶

Ademais, como objetivos secundários, estão o controle da violência policial no momento de prisão do indivíduo e uma forma de combate à superlotação carcerária, uma vez que evita prisões preventivas de sujeitos que poderiam aguardar em liberdade a sen-

4 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 567.

5 PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito. 2015, p. 31.

6 LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de Custódia e o Direito de Defesa**. Revista Jurídica LEX. São Paulo: V. 76, jul. /ago. 2015, pág. 363.

tença penal e favorece o relaxamento da prisão nas hipóteses de prisões ilegais.

Dita Aury Lopes Junior, em companhia de Caio Paiva, que a audiência de custódia consiste no direito de todo e qualquer cidadão preso ser conduzido rapidamente à presença de um juiz para que se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou tortura e para que haja uma maior amplitude acerca da legalidade e necessidade da prisão.⁷

Asseveram os supracitados autores que esta modalidade de audiência se apresenta como um importante filtro para a constatação de eventual violência policial, respeitando os direitos fundamentais do retido. Em que pese a Polícia Militar ser tão vítima da violência quanto toda a sociedade que vive em situação vulnerável, não se pode olvidar que os relatos de violência advindas desta considerável instituição têm sido constantes. No Estado do Rio de Janeiro, no período de 2005 a 2014, foram computados 8.466 homicídios decorrentes de intervenção policial, sendo 5.132 somente na capital.⁸ Ademais, em relatório produzido pela Anistia Internacional no ano de 2015, é possível constatar que das 1569 mortes intencionais violentas e homicídios decorrentes de intervenção policial na cidade do Rio de Janeiro, cerca de 244 (15,55%) foram homicídios decorrentes de intervenção policial, o que demonstra um número significativo.⁹

Enseja também a possibilidade de eventuais sujeitos presos em flagrante, que ao fim do processo penal possivelmente não ficariam reclusos em regime fechado ou teriam suas penas convertidas para restritivas de direito, não fiquem presos antes do

7 LOPES, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. *In: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: on – line, Ano V, nº 9, mai./ago. 2014, p. 168. Disponível em <http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/20105>. Acesso em: 30 mai. 2017.

8 ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho! Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro** - Rio de Janeiro, 2015, p. 31. Disponível em https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf. Acesso em 05 mai. 2017.

9 ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho! Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro** - Rio de Janeiro, 2015, p. 31. Disponível em https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf. Acesso em 05 mai. 2017.

desfecho processual, superlotando (ainda mais) o atual sistema carcerário e possibilitando que sejam captados por organizações criminosas para cometimento de delitos mais gravosos.

O professor Neemias Meretti Prudente sintetiza que o objetivo da audiência em tela é garantir o contato pessoal da pessoa presa com um juiz após sua prisão em flagrante, com objetivo de assegurar a integridade física, evitar abusos e violações aos direitos humanos dos presos, além de reduzir o inchaço do sistema prisional, garantindo o efetivo controle judicial das prisões e reforçando o uso de medidas alternativas em detrimento do encarceramento provisório.¹⁰

A importância deste instituto se mostra ainda mais clarividente no momento em que, tradicionalmente antes de sua implementação, o primeiro contato entre o indivíduo que teve sua prisão em flagrante convertida em prisão preventiva e o juiz de direito se dava, em média, entre 3 a 8 meses após sua reclusão, de acordo com a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (ANADEF). Esta mesma Associação ratifica que um dos objetivos da audiência de custódia é assegurar a integridade física do preso, evitando abusos e violações aos seus direitos humanos, com a possibilidade de desafogar o sistema prisional através de medidas alternativas.¹¹

2.1. Audiências de custódia nos tratados internacionais de direitos humanos

as audiências de custódia foram implementadas no Brasil com amparo legislativo assentado principalmente em ordenamentos jurídicos internacionais. Estes ordenamentos são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (promulgado no país através do decreto nº 592, de 6 de julho de 1992) e a Convenção Americana

10 PRUDENTE, Neemias Meretti. Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Ano XVI, nº 93, Ago./Set. 2015. Disponível em <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDP%2093_miolo.pdf> Acesso em: 30 mai. 2017, p. 11.

11 ANADEF - **Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais**. Disponível em <<http://www.anadef.org.br/component/content/article/1-latest-news/3767-audiencia-em-ate-24-horas-reduz-superlotacao-do-sistema-prisional-diz-anadef>> Acesso em 03 mai. 2017.

sobre Direitos Humanos, mais conhecida com o Pacto de San José da Costa Rica (promulgado no Brasil através do decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992).

O Pacto de San José da Costa Rica sustenta, em seu artigo 7º, item 5, que:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem o direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.¹²

Redação muito similar dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 9, item 3.¹³ Os supracitados ordenamentos jurídicos trazem a necessidade de conduzir a pessoa detida à presença de uma autoridade judicial em um prazo “razoável”, não detalhando qual prazo seria este.

Em artigo publicado pelo site *Human Rights Watch*, apesar de ser um instituto novo no Brasil, a audiência de custódia já existe em outras partes do planeta. Outros países da América Latina já instituem em legislação interna a obrigatoriedade de o indivíduo ser conduzido imediatamente à autoridade judicial após ser detido em flagrante. Na Argentina, por exemplo, em caso de prisão sem ordem judicial, o detento deverá comparecer a uma autoridade judicial em um prazo de 6 horas. No Chile, seu Código de Processo Penal determina que, em casos de flagrante, o detento precisa ser apresentado ao juiz em um prazo de 24 horas.¹⁴

Desta forma, percebe-se que, mesmo a legislação internacional não dispondo de um marco fixo temporário, esse prazo em tese

12 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>, acesso em 08 mai. 2017.

13 BRASIL. **Decreto 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, 06 de julho de 1992 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 08 mai. 2017.

14 HUMAN RIGHTS WATCH. **O direito à “audiência de custódia” de acordo com o direito internacional**. Disponível em <https://www.hrw.org/pt/news/2014/02/03/252627>. Acesso em 08 mai. 2017.

deve ser próximo à 24 horas, seguindo a tendência internacional, e sendo este o prazo determinado pela resolução do CNJ, em seu artigo 1º.¹⁵ Ademais, a corte interamericana de Direitos Humanos traz precedentes relativos a este marco temporário, com o julgamento, em 1997, do caso Castillo – Paez, no qual considerou que o governo Peruano violou sua própria Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos ao não apresentar o detento ao tribunal em um prazo de 24 horas, entre outros descumprimentos.¹⁶

Neste momento, paira um conflito técnico - jurídico, uma vez que o Código de Processo Penal brasileiro não determina o imediato envio do detido ao juiz, apenas o auto de prisão em flagrante, em dissonância com o disposto no ordenamento internacional ora em debate. Neste ensejo, doutrina Luciano Rostirolla que o que deve prevalecer é a CADH, pois esta detém “caráter supralegal”.¹⁷ Da mesma forma, assinalam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar que a audiência de custódia tem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro com base no item 5 do artigo 7 do Pacto de San José da Costa Rica.¹⁸

O STF foi combatido a se posicionar perante o debate da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos mediante o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP,¹⁹ e entendeu que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004 e que tratem de direitos humanos prevalecerão em face da legislação ordinária.

15 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015: Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 08 mai. 17.

16 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf. Acesso em 08 mai. 2017.

17 ROSTIROLA, Luciano. Efetividade da Tutela Jurisdicional, aspectos práticos e jurídicos da audiência de Custódia no processo penal Brasileiro, p. 337, Perse, 2016.

18 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 10ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2015, p. 847.

19 EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Por conseguinte, a supracitada emenda constitucional inseriu no Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 o parágrafo 3º, prevendo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados mediante rito diferenciado (dois turnos em cada casa do Congresso Nacional por 3/5 dos votos dos respectivos membros) serão equivalentes às emendas constitucionais.²⁰ Logo, desencadeou-se o debate acerca da natureza jurídica daqueles tratados que foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio antes da emenda, não sendo submetidos a rito especial, portanto. A decisão da Suprema Corte Brasileira no aludido recurso extraordinário consagrou a posição de que estes tratados têm natureza supralegal, estando abaixo da constituição, mas acima de toda e qualquer lei. Essas leis, inclusive as complementares e atos normativos, apenas terão validade se forem compatíveis simultaneamente com a CF e os tratados de direitos humanos incorporados.²¹

Isto posto, em razão de o Pacto de San José da Costa Rica datar de 22 de novembro de 1969 e ter sido promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992 (portanto antes da supracitada Emenda Constitucional 45/04), este detém caráter supralegal, devendo prevalecer em detrimento da legislação ordinária, que no caso em epígrafe, trata-se do Código de Processo Penal.

2.2. Implementação da audiência de custódia no Brasil

embora o pacto de San José da Costa Rica ter sido promulgado no país há cerca de 25 anos, apenas no início de 2015 iniciou-se a implantação deste instituto em solo pátrio. Em 6 de fevereiro de 2015, o CNJ, por meio do Provimento Conjunto 03/2015, instituiu com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a primeira experiência de implantação das audiências de custódia no Brasil.²²

20 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm>. Acesso em 11 mai. 2017.

21 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 396/397.

22 SÃO PAULO. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Provimento Conjunto nº 03/2015. Dispõe sobre a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após sua prisão, para participar da audiência de custódia. **Caderno 1 administrativo**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/dc5953a3f7991bfeb2938bb49abb8583.pdf>. Acesso em 11 mai. 2017.

Desde o início, o instituto em debate encontrou entraves, tanto jurídicos quanto estruturais. Cumpre salientar que logo em sua implantação, o preso não tinha, de fato, conversa reservada com seu defensor, uma vez que estas eram realizadas no corredor do fórum, acompanhadas por policiais militares durante todo o tempo.²³ Ademais, a Associação Paulista do Ministério Público impetrou mandado de segurança em desfavor da audiência em tela, sendo indeferido e julgado extinto o processo sem resolução do mérito. Após interposição de recurso, o mandado está para ser julgado no Superior Tribunal de Justiça desde 17/12/2015.²⁴

Ainda no que tange ao provimento, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL – Brasil) moveu uma Ação Direta de Inconstitucionalidade visando invalidá-lo (ADI 5240), arguindo que a audiência de custódia apenas poderia ser criada mediante lei federal, e jamais por provimento autônomo advindo do TJSP. Também argumentou que a norma repercutiu em interesses institucionais dos delegados de polícia, com atribuições determinadas pelo art. 144 da CF. O Supremo Tribunal Federal conheceu parcialmente a ação e julgou improcedente o pedido, afirmando que há legislação processual vigente que legitima tal audiência (na hipótese de habeas – corpus, art. 656 do CPP).²⁵

23 IDDD. Instituto de Defesa do Direito de Defesa, **Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo**, p. 15. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-audiencia-custodia-sp.pdf>. Acesso em 11 mai. 2017.

24 RECURSO: Embargos de declaração Pretensão nitidamente infringente, não tendo a embargante apontado pontos omissos, obscuros ou contraditórios do Acórdão Embargos declaratórios rejeitados. Mandado de segurança nº 2031658-86.2015.8.26.0000, julgado pelo TJ/SP. Número no STJ: RMS nº 49537 / SP

25 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estrita-

Posteriormente, o CNJ lançou o projeto Audiência de Custódia através da resolução 213 de 15/12/2015, com o fito de que o instituto se alastrasse para todo o país, buscando efetivar tal direito fundamental do detido. Esta resolução também sofreu entraves judiciais, com uma também ADI, de nº 5448, interposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), que questionava a constitucionalidade formal da supracitada resolução, afirmando que houve usurpação da competência estabelecida no artigo 22, I, da CF. A ADI foi negada liminarmente pelo relator (Ministro Dias Toffoli), afirmando que a aludida associação não dispunha de representação ampla da categoria, mas apenas de parte dela. A ANAMAGES interpôs agravo regimental, sendo negado seu provimento.²⁶

mente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

26 EMENTA: Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Norma que repercute sobre toda a magistratura nacional. Associação Nacional de Magistrados Estaduais (ANAMAGES). Entidade representativa dos interesses dos magistrados que integram a Justiça dos estados da Federação e do Distrito Federal e Territórios. Parcela da categoria profissional. Ilegitimidade ativa. Agravo a que se nega provimento. 1. A jurisprudên-

Isto posto, a resolução 213 do CNJ ofertou um prazo de 90 dias para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais implementassem esta modalidade de audiência, a partir da entrada em vigor da resolução, que se deu em 1º de fevereiro de 2016. Atualmente, o Projeto Audiência de Custódia está em todas as unidades da federação, segundo o CNJ, tendo sido realizadas até março de 2017 pouco mais de 2015 mil audiências.²⁷

Por fim, cumpre salientar que o projeto de lei oriundo do Senado Federal 554/2011 pretende modificar o artigo 306 do Código de Processo Penal, instituindo neste artigo a audiência de custódia. Este projeto também trata da possibilidade de o prazo de apresentação do preso ser estendido para 72 horas mediante decisão fundamentada do juiz, ante dificuldades operacionais da autoridade policial (art.10) e realização por videoconferência (art.11). O projeto foi aprovado pelo plenário da Casa originária, sendo remetido à Câmara dos Deputados com o nº 6620/2016. Atualmente, está apensado ao projeto de lei 8045/2010, referente ao Novo Código de Processo Penal.²⁸

2.3. Posições doutrinárias

Após a implementação das audiências de custódia, os debates em torno deste instituto efervesceram. Daniel Nicory do Prado assevera que a implantação das referidas audiências foi o maior avanço do processo penal nos últimos anos. Afirma, da mesma

cia do Supremo Tribunal Federal orientou-se no sentido de que não detém legitimidade ativa ad causam para o controle concentrado de constitucionalidade a associação que represente apenas parcela da categoria profissional sobre a qual repercute o ato normativo impugnado. Precedentes. 2. A Associação Nacional de Magistrados Estaduais (ANAMAGES), entidade representativa dos interesses dos magistrados que integram a Justiça dos Estados da Federação e do Distrito Federal e Territórios (art. 2º, a, do Estatuto), não tem legitimidade para impugnar a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, a qual contém dispositivos que repercutem sobre toda a magistratura nacional. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

27 BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Dados Estatísticos/Mapa de Implantação.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em 14 mai. /2017.

28 BRASIL. **Projeto de Lei 8045/2010 Câmara dos Deputados.** Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263&ord=1>. Acesso em 14 mai. 2017.

forma, que elas funcionam como um eficiente filtro para evitar o encarceramento desnecessário de autores de crimes não violentos no sistema penal, bem como de pessoas sem registros criminais anteriores.²⁹ Não obstante, o mesmo autor assinala ser defensável a tese de que, em alguns pontos, a regulação da audiência de custódia pelo CNJ e pelos tribunais pode ser considerada uma interferência indevida em matéria de direito processual penal.³⁰

Eugênio Pacceli afirma que vê com bons olhos a instituição da audiência de custódia no Brasil, sem deixar de anotar a ausência de exigibilidade legal, uma vez que a previsão constante no Pacto de San José da Costa Rica não parece ser suficientemente imperativa.³¹

Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Moraes da Rosa partilham do entendimento que a modalidade de audiência em tela não é inconstitucional, pois os atos do CNJ e Tribunais apenas sublinham os procedimentos de efetivação do direito subjetivo de o conduzido estar, imediatamente, na presença de um juiz. Todavia, a edição de uma lei federal seria proveitosa para evitar excessos e limitações do instituto.³²

Em síntese, as posições doutrinárias avançam no sentido de que a audiência de custódia é um instituto necessário a efetivação dos direitos humanos do retido, evitando prisões desnecessárias. Todavia, é quase que consenso a necessidade de instituição de lei em sentido estrito para disciplinar o instituto, uma vez que a possibilidade de o CNJ ter interferido em matéria processual penal é provável.

Não obstante, autores como Hugo Otávio Tavares Vilela sustentam a impossibilidade de a audiência de custódia ser instituída por meio de atos normativos advindos do CNJ e dos Tribunais Estaduais. Afirma o autor que não há qualquer leitura razoável do

29 PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Editora Juspodium, 2017, p. 19, 104 e 105.

30 *Ibidem*, p. 19.

31 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 555.

32 MOREIRA, Rômulo de Andrade; ROSA, Alexandra Moraes da. **Audiência de Custódia é realidade irreversível decide STF**. Empório do Direito. Disponível em <http://emporioidireito.com.br/audiencia-de-custodia-e-realidade-irreversivel-decide-stf-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em 15 mai. 2017.

texto constitucional que permita sua implantação da forma que está ocorrendo em solo pátrio.³³

Em que pese a contribuição do supracitado magistrado ter em análise apenas a legalidade do ato, autores consagrados, como Guilherme de Souza Nucci, demonstram que o instituto em comento não se faz necessário, pois no momento do flagrante delito, o indivíduo retido é encaminhado ao delegado de polícia, portanto estando de acordo com o que está disposto na CADH, em seu artigo 5º, item 7, especialmente ao citar “à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.³⁴ O próprio autor, atuando como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiu decisão atestando seu posicionamento.³⁵

Ainda em tela acerca deste instituto, o delegado de polícia civil e professor João Eduardo Santana Davanço se manifesta de forma similar, asseverando que o delegado de polícia está inserido no conceito amplo de autoridade previsto no supracitado tratado.³⁶

No âmbito legislativo, o deputado federal Eduardo Bolsonaro propôs projeto de decreto legislativo com o objetivo de sustar o efeito da resolução 213 do CNJ, impedindo a audiência de custódia de ocorrer. Na justificativa, o deputado afirmou que o procedimento não encontra guarida no ordenamento jurídico vigente, além de que esta seria uma solução fácil, inconstitucional, ilegal,

33 VILELA, Hugo Otário Tavares. Audiência de Custódia – A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 25 de dezembro de 2015. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: vol. 970. Ano 105. Ed. RT. Ago. 2016. P. 206.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 568.

35 EMENTA: habeas corpus. Tráfico. Ausência de apresentação imediata ao Juiz de Direito. Alegada ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Inocorrência. Tratado que autoriza a apresentação do preso a outra autoridade prevista em Lei. Pleito objetivando a revogação da prisão preventiva. Análise dos requisitos do art. 312 do CPP. In casu, presentes. Quantidade e variedade de drogas comercializadas (cerca de 163 gramas entre cocaína crack e maconha) evidenciam a gravidade concreta da infração. Necessária garantia da ordem pública. Circunstâncias subjetivas favoráveis dos pacientes que não obstam a custódia cautelar. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada (TJSP – HC n. 2016152-70.2015.8.26.0000- Rel. Guilherme de Souza Nucci, em 12.05.2015).

36 DAVANÇO, João Eduardo Santana. **Audiência de Custódia**. Disponível em <<http://amdepol.org/arquivos/ARTIGO-AUDIENCIADECUSTODIA.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2017.

não discutida na casa legislativa, com o objetivo de evitar a superlotação colocando todos os presos em liberdade.³⁷

Observa-se que grande parte da doutrina contrária à referida audiência argumenta que o regramento disposto pelo CNJ demonstrou-se inconstitucional, além de que o Brasil já executa os tratados internacionais com a utilização do delegado de polícia civil. Ademais, no âmbito político, ocorre uma grande especulação (e, cumpre salientar, um grande sensacionalismo) se a audiência de custódia poderia efetivamente “soltar delinquentes”, tornando o instituto um perigo para a incolumidade pública.

3. TRÁFICO DE DROGAS

A lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, também chamada de lei de drogas, revogou a antiga lei que tratava do mesmo assunto, de número 6.368, de 21 de outubro de 1976. Essa nova legislação teve como fulcro central introduzir no país uma sólida política de prevenção ao uso das drogas, assistência e despenalização do usuário, aumentar o rigor punitivo em detrimento do traficante, clareza quanto ao rito do processo, entre outros objetivos.³⁸ A recente lei trouxe um novo conceito para o termo droga, traduzindo substância ou produto que gere dependência e esteja presente na portaria 344/98 do Ministério da Saúde, de acordo com seus artigos 1º e 66.³⁹

A definição de drogas sofreu sensível variação com as alterações legislativas no tempo. A legislação anterior utilizava o termo “entorpecente” em seu artigo 36.⁴⁰ No entanto, a mudança substantiva ocorrida não logrou em alteração sensível, uma vez que há

37 BOLSONARO, Eduardo. **Projeto de Decreto Legislativo 317/2016**. Ficam sustados os efeitos do inteiro teor da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C18A56298B526C54E20D278B80_8D7F76.proposicoesWebExterno1?codteor=1433265&filename=PDC+317/2016. Acesso em 16 mai. 2017.

38 GOMES, Luiz Flávio. Apresentação à 5ª edição. In Gomes, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 7.

39 BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 24 mai. 2017.

40 BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Brasília, 21 out. 1976. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em 24 mai. 2017.

ainda o mesmo tom genérico que a legislação atual apregoa, pois deixa espaço de regulação a cargo da autoridade administrativa, que, apenas se limita ao conceito de produto de causa dependência, como assinala Daniel Nicory do Prado.⁴¹

Deste modo, é dado ao Ministério da Saúde, visto que trata de matéria de sua competência, a seleção das substâncias que serão ilícitas. Cumpre constatar, de forma pontual, que a lei em comento se perfaz uma lei penal em branco,⁴² conjuntura que vem sendo aceita pelos tribunais pátrios.⁴³

O Brasil é signatário de convenções internacionais que tratam sobre drogas, como a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 (ratificada por meio do decreto legislativo nº 5 e promulgada por meio do decreto nº 54.216 de 27 de agosto de 1964),⁴⁴ a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 (advinda no país por meio do decreto nº 90 de 5 de dezembro de 1972)⁴⁵ e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicoativas, de 1988 (promulgada no país por meio do decreto 154

-
- 41 PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora Juspodium, 2013, p. 34.
- 42 GRECO, ROGÉRIO. Lei penal em Branco, na definição de Rogério Greco, seria uma norma que requer obrigatoriamente, um complemento extraído de um outro diploma - leis, decretos, regulamentos etc. - para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível sua aplicação. Curso de Direito Penal Parte Geral Volume 1, 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, pag. 68.
- 43 Decisão TJ-DF - Apelação Criminal: APR 20120111837952 DF 0050570-98.2012.8.07.0001. EMENTA: PENAL -TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - NORMA PENAL EM BRANCO - COMPLEMENTAÇÃO HETERÓLOGA - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO ACOLHIDA - DESCCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI 11.343/06 - NÃO CABIMENTO - DOSIMETRIA - CULPABILIDADE - CONDUTA SOCIAL - PERSONALIDADE - CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL (ART. 42 DA LEI 11.343/06)- QUANTUM DA PENA-BASE - PROPORCIONALIDADE - CONFISSÃO NÃO CONFIGURADA - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA - NÃO APLICAÇÃO - REGIME INICIAL FECHADO - SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - NÃO CABIMENTO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - INVIABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA.
- 44 BRASIL. **Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única Sobre Entorpecentes. Brasília, 27 ago. 1964. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 30 mai. 2017.
- 45 BRASIL. **Decreto Legislativo 90 de 1972**. Aprova o texto da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Brasília, 5 dez. 1972. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-90-5-dezembro-1972-346309-norma-pl.html>>. Acesso em 29 mai. 2017.

de junho de 1991).⁴⁶ Não obstante o ordenamento internacional, o constituinte de 1988 predispôs na Lei Maior do nosso estado alguns “mandados de criminalização” (instrumentos da Constituição que almejam, em tese, oferecer proteção adequada e suficiente para alguns direitos fundamentais)⁴⁷ em desfavor do tráfico de drogas, como visto no no artigo 5º, inciso XLIII e no inciso LI.⁴⁸

Desta forma, o inciso XLIII predispõe a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos, tornando-o insuscetível de graça ou anistia, enquanto que o inciso LI trata da possibilidade de extradição do brasileiro naturalizado em comprovado envolvimento com o delito em tela.

Portanto, a constituição Brasileira de 1988, tão elogiada pela extensão das garantias fundamentais, inclusive apelidada de “constituição cidadã”, adota para o regime de drogas uma posição oposta, similar a um regime de exceção. Ademais, é notória a influência da política internacional de combate às drogas na elaboração da constituição, sopesando, da mesma forma, a influência dos ordenamentos internacionais.⁴⁹

3.1. Dos critérios distintivos entre traficantes e usuários

A lei 11.343/06 tratou, em seu artigo 28, usuário de drogas como o indivíduo que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal drogas em desacordo com determinação legal ou regulamentar.⁵⁰ Historicamente, a lei 6.368/76, conforme artigo 16, punia o usuário com a prisão de 6

46 BRASIL. **Decreto 154 de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília, 26 jun. 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em 29 mai. 2017.

47 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção**. Revista Jurídica ESMP-SP. São Paulo, V.5, 2014, p. 58. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJES-MPSP/article/download/170/65>. Acesso em 27/05/2017.

48 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 mai. 2017.

49 PRADO, Daniel Nicory do. *Crítica ao controle penal das drogas ilícitas*. Salvador: Editora Juspodium, 2013, p. 26 e 27.

50 BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm acesso em 27 mai. 2017.

meses a dois anos, e pagamento de 20 a 50 dias multa. A hodierna lei vedou por completo a prisão do usuário, preceituando as penas de advertência, prestação de serviços e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo em um prazo máximo de 5 meses. Havendo reincidência, o período aumentaria para 10 meses, e na hipótese de necessidade do cumprimento de tais medidas, a aplicação de admoestação verbal e multa. Segundo Luís Flávio Gomes,⁵¹ o artigo 28 teria natureza jurídica de infração penal *sui generis*, uma vez que as penas para tal infração são exclusivamente alternativas, não podendo se falar em crime ou contravenção penal, de acordo com o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.⁵²

Ainda no que tange ao uso para consumo pessoal definido no artigo 28, há a possibilidade de caracterização de maus antecedentes e reincidência. O debate da natureza jurídica deste artigo foi posto no Superior Tribunal de Justiça, e este, mediante julgamento do HC 149319/SP em 18 de agosto de 2011, posicionou-se a favor da caracterização de uma condenação por usuário de drogas como maus antecedentes, vez que, mesmo despenalizada, a prática não deixou de ser desvalorizada como criminosa.⁵³

No que se refere ao delito de tráfico de drogas, este é previsto no artigo 33 da lei em tela, asseverando que importar, exportar, remeter preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ensejará uma pena de cinco a 15 anos, além de pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias – multa.

Inicialmente, é perceptível que os dois tipos penais são mistos alternativos, utilizam a técnica da lei penal em branco e todas as

51 GOMES, Luiz Flávio. Apresentação à 5ª edição. In Gomes, Luiz Flávio (Coord.). Lei de Drogas comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133.

52 BRASIL. **Decreto – Lei 3.914** de 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, 9 dez. 1941. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del3914.htm>. Acesso em 27 mai. 2017.

53 HC 149319 (2009/0192716-1) de 21/03/2012, EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. APONTAMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

condutas descritas no núcleo do tipo de usuário (artigo 28) estão inseridas no artigo 33 (traficante).⁵⁴ Salo de Carvalho preceitua que há uma espantosa similitude entre os tipos penais, principalmente no que se refere aos elementos objetivos do tipo.⁵⁵

A própria lei de drogas traz os critérios para distinção fática entre o porte de drogas para consumo pessoal e o porte a que se refere o artigo 33, no artigo 28 §2º:

Para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

O legislador optou por não utilizar critérios objetivos definidos em lei, deixando a cargo da autoridade policial (e posteriormente judiciária) esta tarefa, com o objetivo claro de evitar que traficantes portassem pequenas quantidades e se enquadrassem no tipo penal voltado para o usuário.

Em que pese a redação do tipo aparentar uma segurança, na realidade proporciona um poder discricionário imenso ao agente policial, que, na rua, é quem decide se o indivíduo flagrado portando drogas é usuário ou traficante. A discricção do agente policial se torna por demasiado condenatória, ao ponto de o autor Luis Carlos Valois declarar que o policial da rua é o verdadeiro delegado, promotor e juiz, em subtítulo de sua magnífica obra.⁵⁶

Não é à toa que após a entrada em vigor da lei de drogas, tenha ocorrido uma explosão carcerária. À título de exemplo, em 2006, ano de entrada em vigor da legislação, haviam 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Sete anos depois, houve um aumento de 339% em relação a este número.⁵⁷

54 PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora Juspodium, 2013, p. 54.

55 CARVALHO, Salo de *apud* PRADO, Daniel Nicory do. **Op. Cit. idem**.

56 VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra Às Drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 500.

57 INFOPEN. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias junho de 2014**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2017.

Há o real risco de os operadores do direito procederem com o enquadramento de usuários como traficantes, uma vez que não há valores específicos para se diferenciar os mesmos. A redação vaga da atual legislação de drogas é um revés na busca por um avanço e humanidade no trato e combate às drogas.

3.2. Tráfico de drogas no Direito Comparado

O termo direito comparado pode ser definido como a ciência que busca conhecer ordenamentos jurídicos estrangeiros a partir de estudos comparativos e sistemáticos.⁵⁸ No que tange às drogas, este é um dos pontos imprescindíveis a ser tratado, dado que experiências de outras nações podem ser utilizadas como base para alterações futuras na legislação pátria.

Trazendo à exposição a legislação colombiana, na hipótese de um sujeito ser flagrado com quantidade de droga para uso pessoal, sua pena abstrata seria de 30 dias de prisão, em sendo primário, e de 1 mês a 1 ano, em sendo reincidente (atualmente esse artigo não está mais em vigor, por decisão da Corte Colombiana na *sentencia C - 221/94*,⁵⁹ não havendo pena para consumo pessoal no país latino-americano). Para a mensuração desta quantidade, o artigo 2º do diploma normativo colombiano definia dose pessoal como 20 gramas de maconha, 5 gramas de haxixe, 1 grama de cocaína, 2

58 MEIRELES, Edilton. Estudo do direito comparado. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS - Debate Virtual**. Abr. 2007. Disponível em <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2007/docente/doc2.doc>. Acesso em 28 mai. 2017.

59 SENTENCIA C - 221/94: Dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogado se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6960#1>>. Acesso em 27 mai. 2017.

gramas de metaqualona.⁶⁰ Para citar outra legislação alienígena, há o exemplo de Portugal, país pioneiro em descriminalizar o uso de todas as drogas. No país luso, quem for flagrado portando até 25 gramas de maconha, 2 gramas de cocaína, 1 grama de heroína ou 1 grama de ecstasy é caracterizado como usuário, não sofrendo todos os malefícios de um processo penal.⁶¹

A atual política de drogas brasileira vai em contrapartida à política dos países desenvolvidos. Segundo levantamento da Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (SENAD) acerca de legislações da Europa e América sobre consumo de drogas para uso pessoal, sucedeu-se a conclusão de que, dos 47 países observados, 54% adotam critérios objetivos para caracterizar o consumo pessoal, e 9% deles adotam critérios objetivos apenas para a maconha.⁶²

Por fim, o *International Drug Policy Consortium* (IDPC) publicou um artigo de extrema importância, o qual demonstra a relevância de se utilizar critérios objetivos para a diferenciação entre uso próprio e tráfico. Segundo a responsável pelo relatório (Dra. Juliana de Oliveira Carlos), sob a lei espanhola, 69% dos presos por tráfico não estariam encarcerados no Brasil.⁶³

Desta maneira, os exemplos citados acima retratam cenários de outras nações com ordenamentos distintos, demonstrando um tratamento diferente no que toca à discriminação entre usuário e traficante, utilizando aspectos objetivos práticos, com o fulcro de evitar encarceramentos equivocados.

60 COLOMBIA. **Ley 30 de 1986**. Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacentes y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2774>, acesso em 27 mai. 2017.

61 PORTUGAL. **Lei 30/2000 de 29 de novembro**. Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacentes e substâncias psicotrópicas, bem como a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tal substância sem prescrição médica. Disponível em: http://www.sicad.pt/BK/Institucional/Legislacao/Lists/SICAD_LEGISLACAO/Attachments/525/lei_30_2000.pdf. Acesso em 27 mai. 2017.

62 SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas**. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>. Acesso em 27 mai. 2017.

63 INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM. **Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil**. Disponível em: https://dl.dropboxusercontent.com/u/566349360/library/IDPC-briefing-paper_Drug-policy-in-Brazil-2015_PORTUGUESE.pdf. Acesso em 27 mai. 2017.

4. O IMPACTO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO TRATAMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS: A REALIDADE DO NÚCLEO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DE SALVADOR-BAHIA.

Após abordagem sintética sobre as audiências de custódia e sobre alguns aspectos dogmáticos do tráfico de drogas, cumpre analisar como este novo instituto processual afetou as prisões em flagrante pelo delito em debate. Desta maneira, o presente artigo traz aspectos empíricos, explorando a realidade da cidade de Salvador – Bahia.

Inicialmente, o tráfico de drogas é o crime responsável pelo maior número de prisões no país, com 27% dos presos do país encarcerados por tal modalidade.⁶⁴ Não obstante, em 2014, aproximadamente dois anos antes de as audiências em custódia serem implantadas, cerca de 38,4% dos presos do Estado da Bahia estavam encarcerados devido ao crime citado.⁶⁵

Portanto, inicialmente é possível chegar à conclusão que a política repressiva de drogas adotada em solo pátrio detinha reflexo direto no sistema prisional, e não seria diferente em solo baiano. Segundo dados atualizados da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização do Estado da Bahia (SEAP-BA),⁶⁶ em maio de 2017 haviam 13.798 presos no Estado da Bahia, incluindo os provisórios e condenados.

No que se refere às audiências de custódia, até março de 2017 haviam sido realizadas no Brasil cerca de 215.329 audiências, com 45,37% delas resultando em liberdade, 54,64% resultando em prisão preventiva. Na cidade de Salvador, mediante pesquisa realizada pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) em 860 audiências, do período de abril de 2016 a dezembro de 2016, quase 60% delas ofertaram a liberdade (incluindo relaxam-

64 INFOPEN. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias junho de 2014.** Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>, p. 69.

65 *Ibidem*, p. 71.

66 SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E RESSOCIALIZAÇÃO-BA. **População Carcerária do Estado da Bahia.** Central de Informação e Documentação. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/sites/default/files/dados/2017-05/PRESOS%20PROVIS%C3%93RIOS%20E%20CONDENADOS%2025.05.17.pdf>>. Acesso em 28 mai. 2017.

ento de prisão e liberdade provisória), enquanto que cerca de 40% culminaram em prisão preventiva.⁶⁷

Em pesquisa realizada pelo Defensor Público de Classe Final e doutorando Daniel Nicory do Prado no Núcleo de Prisão em Flagrante na cidade de Salvador, mediante análise de 3943 audiências de custódia realizadas no período de setembro de 2015 a agosto de 2016, inclusive realizadas por advogados particulares, houveram constatações contundentes acerca dos efeitos relativos à sua implantação.⁶⁸

No que tange ao tráfico de drogas, o delito, como era de se esperar, foi o maior responsável pela realização das audiências, representando 31,93% dos casos, ou 1259 audiências. Destes, cerca de 465 audiências culminaram na conversão do flagrante delito em prisão preventiva, ou cerca de 36,93% dos casos.⁶⁹

Ademais, na modalidade em conjunto com o porte ilegal de arma de fogo, houve uma média de 51,36% de decretação de prisão preventiva, sendo, portanto, o crime não violento que mais encarcerou nas audiências de custódia, seguido de longe pelo porte ou posse ilegal de arma de fogo, com decretação de prisão preventiva em 43% dos casos.

Desta forma, com bem salienta o autor da pesquisa, a criminalização que envolve a política de guerra às drogas é tão acentuada que nem mesmo os percentuais baixos de decretação de prisão preventiva diminuíram a tendência de encarceramento, apesar de conseguir modera-la.⁷⁰

Outrossim, a realidade baiana ainda se apresenta de forma dessemelhante, quando em comparação com a conjuntura de outros estados. Neste ensejo, o autor da pesquisa analisada trouxe a comparação com o Distrito Federal, em que 71,75% das audiências

67 INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. **Grupo de pesquisa sobre audiência de custódia do núcleo de prisão em flagrante de Salvador – BA**. Relatório Final de Atividades. Daniela Portugal Coordenadora de Pesquisa do IBADPP. Salvador, 2017.

68 PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Editora Juspodium, 2017, p. 19.

69 PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Editora Juspodium, 2017, p. 52.

70 PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Editora Juspodium, 2017, p. 104.

de custódia versando sobre tráfico de drogas culminaram na conversão em prisão preventiva. Cumpre salientar que o período foi muito próximo ao pesquisado pelo defensor Daniel Nicory do Prado, o que possibilitou uma comparação no que se refere a este delito.⁷¹

Cumpre enfatizar que ainda houve pesquisa envolvendo a vida pregressa, idade, sexo, dentre outros fatores. Contudo, como o objetivo do presente artigo é fazer uma análise geral dos efeitos da audiência de custódia nas prisões em flagrante por tráfico de drogas, os dados apresentados demonstram-se suficientes para uma análise preliminar destes resultados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A audiência de custódia está prevista em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, que estão em plena vigência no ordenamento jurídico. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito da natureza jurídica dos ordenamentos internacionais que estabelecem esta modalidade de audiência (Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos), ofertando-lhes a natureza supralegal, acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição Federal.

Desta maneira, em que pese o Código de Processo Penal não prever expressamente que o sujeito seja encaminhado pessoalmente para o juiz, ele está hierarquicamente inferior aos ordenamentos internacionais supracitados, portanto não prevalecerá diante desta antinomia jurídica.

Ademais, as instâncias superiores brasileiras já se posicionaram favoravelmente à vigência das audiências em comento, na visão do autor do presente artigo, de forma correta. Todavia, cumpre salientar que, em conformidade com o que Rômulo de Andrade Moreira e Alexandre Moraes da Rosa entendem, a instituição por meio de lei federal da audiência em tela faz-se extremamente importante, principalmente para delimitar o campo de atuação.

A instituição das audiências em comento não invade a competência dos delegados, em razão de a legislação internacional dispor claramente que o custodiado deve ser encaminhado à autoridade

71 *Ibidem*, p. 59.

judiciária, e não autoridade policial. Da mesma forma, este instituto é necessário à efetivação dos direitos humanos, restando prisões desnecessárias que colocam a sociedade em um risco maior, em cotejo com prisões arbitrárias com o falso intuito de intensa proteção policial.

Não obstante posições políticas contrárias, o estabelecimento destas audiências não trouxe um risco maior à sociedade, pois, como acima aludido, o objetivo desta é a efetivação de direitos humanos de todos os cidadãos, evitando prisões desnecessárias e, como consectário lógico, violência policial e superlotação carcerária.

No que tange ao tráfico de drogas, a abstração que a nova lei de drogas traz para distinguir usuário de traficante demonstra-se extremamente insatisfatória, de sorte que não detém critério objetivo, resultando o real risco do enquadramento de usuários em traficantes, e como consequência, a ocorrência de prisões arbitrárias.

Ademais, legislações estrangeiras tratam de forma diferente tal conjuntura, encaminhando-se muitas vezes a um caminho de distinção clara entre usuário e traficante, ou até mesmo a descriminalização do uso de drogas. Esta última hipótese, aparentemente demonstra-se a mais correta no cenário atual nacional.

Isto posto, a maior parte das audiências de custódia realizadas em Salvador têm gerado liberdade para os presos em flagrante, com “apenas” 40% dos flagrantes convertidos em prisão preventiva. Todavia, a mesma sorte não acomete o indivíduo que foi preso em flagrante delito pelo crime de tráfico de drogas (incluindo a modalidade em concurso com porte de arma de fogo), com uma taxa de prisão preventiva beirando os 52%.

Por fim, é clarividente que a política repressiva às drogas ocasiona o delito de tráfico como o de maior número dentre os presentes nas audiências de custódias realizadas na cidade de Salvador – Bahia. Pelo mesmo motivo, este crime sofre o efeito de ter as menores taxas de liberdade decretada pelos magistrados nas audiências, mesmo que as audiências tenham diminuído o empuxo repressor.

Desta maneira, as audiências de custódia, em comparação com outros delitos, ainda mantêm diversos indivíduos que foram presos em flagrante nas cadeias e penitenciárias, resultado de

uma política de drogas que diferencia, de forma muito frágil, o traficante do usuário.

REFERÊNCIAS

ANADEF - **Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais**. Disponível em <<http://www.anadef.org.br/component/content/article/1-latest-news/3767-audiencia-em-ate-24-horas-reduz-superlotacao-do-sistema-prisional-diz-anadef>> Acesso em 03 mai. 2017.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho! Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro** - Rio de Janeiro, 2015. Disponível em https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf. Acesso em 05 mai. 2017.

BOLSONARO, Eduardo. **Projeto de Decreto Legislativo 317/2016**. Ficam sus-tados os efeitos do inteiro teor da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C18A56298B526C54E20D278B808D7F76.proposicoesWebExterno1?codteor=1433265&filename=PDC+317/2016>. Acesso em 16 mai. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei Nº 3.689. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm> Acesso em 05 mai. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos/Mapa de Implantação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 14 mai./2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015: Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 04 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto – Lei 3.914** de 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, 9 dez. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em 27 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto Legislativo 90 de 1972**. Aprova o texto da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Brasília, 5 dez. 1972. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-90-5-dezembro-1972-346309-norma-pl.html>>. Acesso em 29 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto 154 de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília, 26 jun. 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em 29 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única Sobre Entorpecentes. Brasília, 27 ago. 1964. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 30 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, 06 de julho de 1992 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 08 mai. 2017.

BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Brasília, 21 out. 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei 8045/2010 Câmara dos Deputados**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263&ord=1>. Acesso em 14 mai. 2017.

BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 24 mai. 2017.

CARVALHO, Salo de apud PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora Juspodium, 2013.

DAVANÇO, João Eduardo Santana. **Audiência de Custódia**. Disponível em <<http://amdepol.org/arquivos/ARTIGO-AUDIENCIADECUSTODIA.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral** Volume 1, Rogério Greco, 2015, Editora Impetus, 17 ed. Rio de Janeiro.

GOMES, Luiz Flávio. Apresentação à 5ª edição. In Gomes, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH. **O direito à “audiência de custódia” de acordo com o direito internacional**. Disponível em <https://www.hrw.org/pt/news/2014/02/03/252627>. Acesso em 08 mai. 2017.

IDDD. Instituto de Defesa do Direito de Defesa, **Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo**, p. 15. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-audiencia-custodia-sp.pdf>. Acesso em 11 mai. 2017.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias junho de 2014**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2017.

INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM. **Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil**. Disponível em: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/566349360/library/IDPC-briefing-paper_Drug-policy-in-Brazil-2015-PORTUGUESE.pdf>. Acesso em 27 mai. 2017.

INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. **Grupo de pesquisa sobre audiência de custódia do núcleo de prisão em flagrante de Salvador – BA**. Relatório Final de Atividades. Daniela Portugal Coordenadora de Pesquisa do IBADPP. Salvador, 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Audiência de Custódia e o Direito de Defesa**. Revista Jurídica LEX. São Paulo: V. 76, jul. /ago. 2015.

LOPES, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. In: **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: on – line, Ano V, nº 9, mai./ago. 2014, Disponível em <http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/20105>. Acesso em: 30 mai. 2017.

MEIRELES, Edilton. Estudo do direito comparado. **Revista Eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**. Abr. 2007. Disponível em <www.unifacs.br/revista-juridica/arquivo/edicao_abril2007/docente/doc2.doc>. Acesso em 28 mai. 2017.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção**. Revista Jurídica ESMP-SP. São Paulo, V.5, 2014.

Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMP-SP/article/download/170/65>. Acesso em 27/05/2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade; ROSA, Alexandra Moraes da. **Audiência de Custódia é realidade irreversível decide STF**. Empório do Direito. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-e-realidade-irreversivel-decide-stf-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em 15 mai. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>, acesso em 08 mai. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentencia de 3 de noviembre de 1997**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf. Acesso em 08 mai.2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

PORTUGAL. **Lei 30/2000 de 29 de novembro**. Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tal substância sem prescrição médica. Disponível em: <http://www.sicad.pt/BK/Institucional/Legislacao/Lists/SICAD_LEGISLACAO/Attachments/525/lei_30_2000.pdf>. Acesso em 27 mai. 2017.

PRUDENTE, Neemias Meretti. Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Ano XVI, n° 93, Ago./Set. 2015. Disponível em <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDP%2093_miolo.pdf> Acesso em: 30 mai. 2017.

PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Editora Juspodium, 2017.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora Juspodium, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

ROSTIROLA, Luciano. **Efetividade da Tutela Jurisdicional, aspectos práticos e jurídicos da audiência de Custódia no processo penal Brasileiro**, Perse, 2016.

SÃO PAULO. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Provimento Conjunto nº 03/2015. Dispõe sobre a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após sua prisão, para participar da audiência de custódia. **Caderno 1 administrativo**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/dc5953a3f7991bfeb2938bb49abb8583>. pdf. Acesso em 11 mai. 2017.

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E RESSOCIALIZAÇÃO-BA.

População Carcerária do Estado da Bahia. Central de Informação e Documentação. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/sites/default/files/dados/2017-05/PRESOS%20PROVIS%C3%93RIOS%20E%20CONDENADOS%2025.05.17.pdf>>. Acesso em 28 mai. 2017.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Levantamento sobre**

legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2015.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra Às Drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VILELA, Hugo Otário Tavares. Audiência de Custódia – A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 25 de dezembro de 2015. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: vol. 970. Ano 105. Ed. RT. Ago. 2016. P. 206.

Capítulo III

Da (in)compatibilidade da
federalização do ICMS:
uma análise crítica à luz do
ordenamento jurídico

Dariel Oliveira de Santana Neto

Graduando em Direito na Faculdade Baiana de Direito

Da (in)compatibilidade da federalização do ICMS: uma análise crítica à luz do ordenamento jurídico

RESUMO: O artigo se propõe a analisar a viabilidade jurídica da proposta que busca federalizar o ICMS, esta em que pese antiga, tem se fortalecido nos últimos tempos, aumentando o número de adeptos. Para isso, busca o artigo examinar as razões pelas quais os defensores desta medida se apegam para sustentar essa como a única via e última saída. Assim examina-se a questão do próprio tributo em si ser indireto e suas implicações, além também da tão falada guerra fiscal provocada por este tributo que tem alcançado um patamar insustentável. Para fins de contrabalanceamento, analisa-se não apenas o sistema constitucional tributário como a Constituição por um todo, para verificar a possibilidade da medida por conta das suas implicações diretas e indiretas a todo um sistema posto, assim como a legitimidade da mesma e também a razoabilidade da medida proposta face aos problemas que derivam do tributo.

Palavras-chave: Tributação; federalização; ICMS; incompatibilidade

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS: 2.1. TRIBUTO INDIRETO 2.2. CAPACIDA-

DE CONTRIBUTIVA **2.2.1 Seletividade** 2.3 GUERRA FISCAL **2.3.1 Uma Saída** **3 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA** 3.1 CARACTERÍSTICAS RELEVANTES A E X P O S I - Ç Ã O 3.2 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO **3.2.1 Exaustividade** **3.2.2 Rigidez** 3 . 3 FEDERALISMO **3.3.1 Autonomia Financeira** **3.3.2 Cláusula Pétrea** **4 FEDERALIZAÇÃO DO ICMS** 4.1 IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO 4.2 REPARTIÇÃO DE RECEITAS **4.2.1 Perda da Autonomia** 4.3 INCONSTITUCIONALIDADE **5 CONCLUSÃO**

REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Antiga é a ideia de federalizar o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), por causa da grande complexidade gerada pelas 27 legislações estaduais vigentes. Por conta disso, a ideia era de unificar a legislação para simplificar e facilitar a operacionalização.

Apesar de antiga, ultimamente a ideia tem tomada significativa magnitude, sobretudo no contexto atual de crise, uma vez que muitos pela fé cultivada por muitos, a saída sempre passa por uma reforma tributária. Desta maneira, ao pensar nesta vem remete-se sempre a questão do ICMS por conta das inúmeras controvérsias que o rodeia, sobretudo por conta da complexidade, como também pela questão da guerra fiscal gerada pelo imposto, gerando inúmeros prejuízos. Com isso gera-se inúmeras propostas, e dentre elas a que ultimamente tem ganhado força é a que propõe a federalização do tributo.

Cumpra-se analisar, porém para além das benesses apresentadas, as inúmeras repercussões jurídicas e extrajurídicas que a medida gera, como por exemplo o impacto direto ao regime atual de competências desenvolvido pelo constituinte originário, assim

como possível perda de autonomia dos estados, uma vez que a mudança não traria ao certo garantias suficientes para assegurá-las, além de desnaturar o pacto federativo como um todo, etc.

Desta forma, cumpre-se analisar nos tópicos seguintes tanto as benesses, as questões que seriam solucionadas, a melhora propiciada aos atuais problemas como também os efeitos reflexos da própria medida e os eventuais malefícios que da medida possam resultar, buscando-se assim ponderar não apenas se as benesses suplantariam os malefícios como também ponderar se a federalização seria o único caminho, ou como muitos pregam o melhor caminho, ou se haveriam outras saídas não só idôneas como menos lesivas a todo um sistema jurídico.

2. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é um imposto estadual que sucedeu o antigo IVC após a Emenda à Constituição nº18 e é vital para saúde financeira dos estados uma vez que representa uma fatia de mais de 80% da sua receita. Portanto é um imposto fundamental para custear as despesas gerais dos estados (SABBAG, 2016, p.1191).

Apenas para que se mensure a essencialidade, o ICMS no Estado de São Paulo, representou em 2013, 84% da receita arrecadada (RECEITA SP, 2013, p.5).

É um imposto que tem fatos gerador, via de regra na circulação de mercadorias, prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação, ainda que iniciados no exterior por previsão constitucional do Art.155, II da CF (SABBAG, 2016, p.1993).

2.1. Tributo indireto

O ICMS está no rol dos impostos indiretos. Leandro Paulsen (2007, p.625) de forma clara explica a diferença entre tributos diretos e indiretos, esta seria que no tributo indireto a figura do contribuinte de direito, sujeito passivo da relação jurídica tributária, e o contribuinte de fato, aquele que realmente arca com o ônus

tributário, não estão reunidas no mesmo indivíduo, em que pese no tributo direto estarem reunidas.

Portanto o grande problema do tributo indireto é a impossibilidade de identificar o sujeito que arcará como o gravame tributário, impondo, portanto, uma injusta uniformidade, tributando-se igualmente contribuintes com realidades distintas (OPPENHEIM *apud* CASSONE, 2008, p.91).

Assusta, portanto, que apesar dos pesares mencionados, a tributação sobre o consumo, que é indireta, represente uma carga tão expressiva como a brasileira, representando 16,3% da carga tributária em relação ao PIB, muito acima da média da OCDE que é de 11,4%, sendo apenas superada pela Hungria. Assim como que em tributos sobre renda, lucro e ganho de capital, que são tributos diretos, mais justos, o Brasil situe-se em último lugar, restando-se notória a necessidade de se repensar todo um sistema e rever prioridades (RECEITA BR, 2014, p.12).

Assim urge ao Estado por conta do compromisso com o cidadão contribuintes, revê suas diretrizes, redimensionando para uma tributação mais direta, sobretudo sobre a herança e riqueza que carecem de uma incidência mais enérgica.

2.2. Capacidade contributiva

Como bem sintetizam Gassen, D'Araújo e Paulino (2003, p.218-19) o poder outorgado ao Estado para tributar não é um cheque em branco, está submetida a limites. Um desses limites que balizam a tributação é justamente o princípio da capacidade contributiva. Este busca balizar uma tributação justa, ordenando que cada qual só deve suportar o ônus tributário na medida da sua capacidade econômica.

Este princípio impõe um dever, é imperativo, categórico não se tratando de mera recomendação, servindo assim como grande fator de uma tributação legítima, ou não (TIPKE, 2002, p.67).

Há de se lembrar que a medição da capacidade contributiva é feita de maneira objetiva, de forma a se presumir capacidade a partir de manifestações de riqueza do contribuinte (adquirir imóvel, auferir renda), não se atestando, portanto, em concreto (CARRAZZA, 2012, p.101).

A Constituição Federal diz no art. 145, § 1º que “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, [...]”

Assim em que pese a literalidade, a ideia que sugere a impropriedade redacional dada pelo constituinte, entendendo que a faculdade residiria apenas quanto ao caráter pessoal do imposto, sendo a capacidade contributiva uma ordem da qual não se poderia esquivar (MARTINS,1989, p76-78).

Dessa forma, em que pese dispendiosa a materialização da capacidade contributiva na tributação indireta, esta ainda sim é impreterível por conta postulado da justiça fiscal que é categórica sob todo o sistema. Assim queda-se vedada, em qualquer situação, qualquer estipulação que presumivelmente violadora do princípio (AMARO,2012, p.165).

Essa ideia destoa da concepção clássica, que visualizava os impostos reais, como aqueles relativos a bens e coisas, assim por serem indiretos, desobrigados estavam a analisar outro aspecto se não o próprio bem ou própria coisa, portanto abstraía-se aspectos pessoais, e, por conseguinte a própria aferição da capacidade contributiva (ATALIBA,1999, p.125).

Por conta desse entendimento, valia-se apenas de impostos pessoais, que são os que valoram por natureza as características próprias dos contribuintes, para concretizar o princípio da capacidade contributiva, valendo-se da técnica da progressividade, que onera proporcionalmente mais aquele que mais dispõe de recursos. Assim, almeja-se não apenas equilibrar a quota de sacrifício depreendida entre os contribuintes, como materializar um dos objetivos da República previsto no Art.3º da Constituição que é a solidariedade, fazendo com que aquele que detenha maior posse, coopere mais para a realização do bem comum (SCHOUERI,2015, p.395).

Porém, sob a égide a justiça fiscal, por mais dispendiosa e desafiadora que seja, obrigado está os impostos reais a se valerem de outras técnicas para também concretizarem a capacidade contributiva, haja vista que o postulado da justiça fiscal é imperativo e não dispensa ainda nesses casos, vez que assim legitimar-se-ia uma tributação injusta (TROIANELLI,2000, p.48).

2.2.1. Seletividade

Em que pese a dificuldade, como visto, imperioso é o postulado da justiça fiscal, que reclama sua concretização. A seletividade é assim, ao menos uma tentativa nesse sentido de materializar a capacidade contributiva em alguns tributos indiretos (SAB-BAG,2016, p193).

Pela técnica da seletividade, dar-se-ia contornos maiores de justiça ao diminuir o ônus tributário dos produtos mais essenciais, que seriam aqueles indispensáveis, consumidos pelo maior número de pessoas, ao contrário dos supérfluos, que tem seu consumo restrito a uma classe mais privilegiada, por isso são menos acessados (BALEIRO,2013, p.348).

Explica assim, Aliomar Baleeiro (2013, p.492) que a técnica da seletividade apesar de não realizar justiça plena, não deixa de realizar uma justiça. Isso porque, em que pese a diminuição das alíquotas dos produtos mais essenciais, beneficiarem infundadamente os mais favorecidos que também os consomem, os produtos mais supérfluos, não acessados pelos mais carentes, tem suas alíquotas elevadas, de forma a reequilibrar o sacrifício despendido.

A previsão constitucional da técnica da seletividade encontra-se tanto no IPI (art. 153, §3º, I) como no ICMS (art. 155, §2º, III). Seguindo o mandamento constitucional, constata-se que o IPI será seletivo pela essencialidade do produto, enquanto que pela redação, o ICMS poderá ser seletivo em razão da essencialidade.

Para Luciano Amaro (2012, p.164), a redação é clara, de forma a não ser possível extrair dentre os sentidos possíveis o da obrigatoriedade de aplicar a técnica, sobretudo nos casos em que esta se mostra impossível, dispensando inclusive a ressalva expressa quanto à possibilidade.

Brilantemente pontua Roque Carrazza (2012, p.108) que discorda frontalmente desta interpretação esboçada acima, entendendo que a previsão expressa não tratasse de mera faculdade, mas sim uma obrigação, de cujo cumprimento não se pode furtar, sendo, portanto, de uma mera impropriedade redacional do constituinte.

Assim, como analisa Elizabeth Carrazza (1998, p.60), ao reclamar o uso da seletividade em alguns tributos indiretos, estaria a

Constituição trazendo contornos maiores de justiça e igualdade a tributação, protegendo sobretudo os mais carentes. Por conta disso endossamos a posição, visto que dada a essencialidade, inviável seria reduzir a aplicação a uma mera faculdade.

Portanto através das variações de alíquotas, a técnica da seletividade concretizaria o princípio da capacidade contributiva, visto que possibilitaria também se distinguir um contribuinte do outro, agora em face do consumo de certo bem (SABBAG,2016, p.194).

Henry Tilbery (2000, p.2994) expõe legítimas razões para que haja diferentes faixas de incidência tributária, e em assim sendo, que esta recaia mais intensamente sobre aqueles que consomem bens supérfluos, visto que estes presumidamente já dispõem do suficiente, do essencial, de forma que estar-se-ia tributando mais fortemente portando o que lhes é excedente, assim portanto equilibrando mais o sacrifício despendido entre os diferentes contribuintes para a manutenção das despesas gerais do estado.

Por fim, elucida Roque Carrazza (2012, p.110) acerca da importância do emprego da técnica, visto que este serve para amenizar os encargos ao consumidor final, quanto aos produtos essenciais, ajudando-os visto que a estes quanto a esses produtos, não lhes resta escolha.

2.3. GUERRA FISCAL

Outra questão problemática no que se refere ao ICMS é a guerra fiscal. Esta em sentido lato sempre existiu entre os estados, em diferentes momentos históricos, inclusive anteriores ao ICMS, e se caracteriza pela disputa destes a fim de atrair investimentos, através de concessões incentivos ou outros benefícios mais favoráveis (BERCOVICI,2003, p.183-184).

Como diz Daniel Szelbracikowski (2016,p.10) o grande problema da guerra fiscal nos dias atuais quanto ao ICMS, vem sendo a proporção tomada pela mesma, que gera além de caos, tremenda insegurança jurídica, visto que tem se passado inclusive por cima da ordem jurídica.

Isso porque, a Constituição no seu Artigo155, § 2º, XII, “g”, estabelece que lei complementar indicará a forma pela qual os bene-

fícios fiscais serão concedidos por Estados e DF. Essa tarefa coube a Lei Complementar 24/75 que apesar de anterior a constituição, foi recepcionada e disciplina no seu Art.2º, § 2º que a concessão de benefícios depende da chancela do CONFAZ, que é um convênio formado por representantes de todos os estados da federação, e que está condicionada a aprovação de todos os estados.

A razão pela qual se exige unanimidade é justamente obstar a concessão livre e irresponsável de incentivos que possam a vir repercutir indevidamente nas finanças de outro estado, obstar incentivos nocivos aos interesses de outro estado (FERRAZ JÚNIOR,1998, p.278).

Este requisito inclusive, porém se tornou um verdadeiro entrave à concessão de incentivos por parte dos Estados, que de um tempo passaram a fazer pouco-caso a este, concedendo mesmo incentivo de forma unilateral (SZELBRACIKOWSKI,2016, p.12).

Tece Ives Martins (1998, p.199) severas críticas quanto a atitude irracional dos estados, as quais reputa tolas, visto que estas minam ainda mais os poderes dos estados que passam a estar sob a mão dos grandes grupos. A desordem gerada pelo descumprimento, promove que estes aproveitem para jogar com os entes federativos, angariando condições ainda mais benéficas e impossibilitando a política financeira do estado, que frente a concorrência se vê sem opção.

Assim a guerra fiscal, em que pese provocada por eles próprios, lesa-os ainda mais, refletindo: no esfacelamento das receitas, na perda da autonomia política, dada as condições e longevidade do benefício concedido, além de gerar aos demais particulares um injusto desequilíbrio concorrencial, uma vez que a política irresponsável de concessão de incentivo acaba gerando distinções significantes quanto ao preço (AFONSO,2013, p.204).

Portanto o grande descaso dos estados à norma, provoca uma desagradável situação que sufoca as suas finanças, logo desnatura o pacto federativo, e compromete a relação harmônica entre os entes federados. Evitada seria, se verificada fosse a exposição de motivos da norma, vez que assim entenderiam o propósito que não foi outro se não coibir, a tortuosa guerra fiscal do ICM já na década de 70. É o descaso com a história, que coloca os estados

na mesma situação e faz com que se incorram aos mesmos erros (PLP32,1974, p.24).

2.3.1. *Uma saída*

Quanto a solução, que esta não deve se reduzir a simplória ideia de extinguir o incentivo, visto que apesar dos pesares acima citados, este possui relevante papel, vez que para além da precípua função fiscal do estado, este é um eficaz indutor de comportamento, portanto um mecanismo fundamental para promover políticas (SCHOEURI,2005, p.20).

Entendemos que a solução perpassa pela concretização, portanto pela real execução da União da sua missão constitucional prevista no seu art.151, que autoriza a concessão de incentivos a fim de promover a redução das desigualdades socioeconômicas regionais. Isso porque em se tratando de administração pública, o poder concedido não pode ser levado como mera faculdade, sendo imperativo, categórico, não se podendo esquivar (DI PIETRO,2011, p.90).

3. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Como ensina Roque Carrazza (2012, p.565) no Brasil, por força dos mandamentos constitucionais não se pode falar em poder tributário, este absoluto, ilimitado, e sim em competência tributária, uma vez que a possibilidade de instituir tributos conferida pela Constituição aos entes políticos estão limitadas a uma série de condições. Poder ilimitado, em tese, apenas teria tido a Assembleia Nacional Constituinte, por ser precursora da ordem jurídica.

Explica Roque Carrazza (2012, p.569) que, uma vez outorgada a competência, o ente está autorizado a dispor do tributo como bem entender, seja instituindo, aumento ou diminuindo alíquotas, isentando, parcelando, ou seja, abre-se um leque de possibilidades a serem elegidas conforme a política do ente, desde que estas estejam conforme os ditames constitucionais.

Cumpr-se ressaltar que enquanto a competência tributária é a capacidade de legislar, de regradar, instituir, sobre o tributo, sendo, portanto, política e indelegável; a capacidade tributária é

a atividade administrativa de fiscalizar e arrecadar o tributo, podendo ser delegada a outra pessoa jurídica de direito público, por exemplo (SABBAG,2016, p.425).

3.1. Características relevantes a exposição

Faz-se necessário examinar algumas características fundamentais para o debate em questão. Quanto as competências outorgadas, Roque Carrazza (2012,742) aponta que mesmo sendo facultativa quanto ao exercício, a competência tributária é privativa, de forma que mesmo não a exercendo, não se pode delegar competência, transferi-la, renunciá-la a outro ente político.

A lógica, por trás dessa vedação é justamente assegurar que a autonomia seja mantida. A repartição de competências não se dá de forma aleatória, há todo um propósito por trás, que é justamente assegurar um agir livre, uma verdadeira autonomia de fato.

Outra característica deveras importante para a análise desse trabalho é a inalterabilidade. Esta traduz-se na impossibilidade de redesenhar as competências tributárias pelas pessoas políticas por meio de leis, visto que por se tratar de matéria constitucional, faltar-lhes-ia autoridade para tal. Assim, apenas a Constituição tem titulação jurídica para ampliar, reformá-la, até restringi-la, por se tratar de matéria reservada a esta (SABBAG,2016, p.755).

3.2. Sistema tributário constitucional

Dada a relevância, cumpre-se analisar a forma como está disposto o Sistema Constitucional Tributário. Este se apresenta disciplinada de forma intensa e excessiva, contendo inclusive disposições que poderiam ser facultadas a lei ordinária, demonstrando toda preocupação com a cidadania pela Constituição (CUNHA,2006, p.225).

Carlos Cintra (2011, p.32) observa esse fenômeno, constatando que da forma como vem posta o sistema tributário constitucional, com uma gama extensa de dispositivos reguladores à prática da tributação, o constituinte transparece a preocupação com a mesma, buscando a casuística.

Assim, Carlos Cintra (2011, p.43) sinaliza que as delimitações impostas pela constituição quanto a tributação receberam a alcunha de verdadeiro ``estatuto dos contribuintes`` dada a forte proteção e as prerrogativas conquistadas pelo contribuinte.

Resta, portanto, analisar dois atributos característicos desse sistema, que são clássicos limitadores do exercício do poder tributário, são eles: Exaustividade e Rigidez.

3.2.1. Exaustividade

A exaustividade segundo Carlos Cintra (2011, p.34) como uma das nuances do atual sistema constitucional tributário, é a tentativa de disciplinar nos mínimos detalhes, abarcando o maior número de situações possíveis, de forma a não gerar lacunas.

Apesar de reconhecermos como impossível disciplinar todas as situações, dada inclusive as inúmeras transformações do mundo atual, entendemos como essencial esta busca, pois assim quedará apenas um número ínfimo de situações vulneráveis ao arbítrio do Fisco ou legislador.

Nesse sentido, José Gonçalves (1993, p.16) alude que quando ao próprio sistema constitucional tributário se preocupa em discriminar todos os princípios e regras que se aplicam a matéria tributária, este revela a pretensão de ser exaustivo, reservando a norma infraconstitucional apenas a atividade de regular a aplicação das normas, operacionalizá-las.

Em que pese essa tentativa, reconhece Carlos Cintra (2011, p.35) da impossibilidade de disciplinar todas as situações, carecendo, portanto, de uma atividade positiva do legislador a fim de regrar certas situações. Porém, ressalta que ainda assim não se queda mais vulnerável o contribuinte, visto que estas atividades estão vinculadas aos preceitos da Constituição.

3.2.2. Rigidez

Entende-se por rigidez a tentativa de obstar qualquer alteração, ampliativa ou restritiva, ao sistema tributário, sobretudo no que se refere a competência tributária (CINTRA,2011, p.37). Carlos Cintra

(2011, p.37) explica que o obste se dá justamente porque ao se propor rígida, a Constituição tomou certos cuidados, por exemplo, não autorizando lei infraconstitucional vir a sanar dúvidas, quanto a interpretação, isso porque o próprio sistema constitucional oferece limites máximos a interpretação a partir da análise sistemática. Da mesma forma, disciplinou de forma exaustiva, as competências de cada ente federativo, sem deixa de margem de dúvida, justamente para evitar que os entes viessem a suplantar uns aos outros.

Assim, em que pese o constituinte ter se cercado de mecanismo a fim de propiciar uma imutabilidade, que essa não se coaduna uma vez que inúmeras transformações ocorrem de forma que se muda parâmetros, perspectivas. Porém entendemos que a vontade desvelada não pode ser desprezada, reclamando a alteração de motivos idôneos suficientes.

3.3. Federalismo

Ao observar os princípios fundamentais elegidos, no primeiro artigo, pela Constituição Federal temos a consagração do princípio federativo.

Como bem explica Dirley da Cunha Jr (2015, p.711-12) o princípio federativo consagra uma forma de estado que é o Estado Federal, marcado pela divisão das atribuições político-administrativas por mais de um governo, mais de um ente político. Difere completamente, portanto do Estado Unitário, outra forma de estado, em que se concentra todos os poderes em uma única esfera.

Além disso, cumpre-se diferenciar a federação da confederação. Na primeira, há uma união de estados em torno de uma Constituição, na qual abra-se mão da soberania e do direito secessão, em prol da autonomia; ao passo que na última tem-se uma união de estados soberanos por meio de um tratado, resguardado a estes o direito de secessão (CUNHA JR,2015, p.712).

Quanto as características do estado federal, nos ensina Dirley da Cunha Jr (2015, p712-13) que para além da indissolubilidade, outro pilar fundamental é a autonomia, que simboliza justamente a possibilidade o agir livre, insubordinado, dos entes visto que encontram-se no mesmo patamar. Vale-se, portanto, da técnica de repartição de competência para concretizá-la, porém há se ter

cautela, uma vez que inócua será esta se incapaz de viabilizar recursos suficientes, para consecução das suas tarefas.

3.3.1. *Autonomia Financeira*

Portanto, como visto, verifica-se o tamanho relevo da autonomia financeira, no que se refere a materialização da autonomia e por reflexo do verdadeiro federalismo.

Tácio Gama (2011, p.207) entende que autonomia financeira estaria configurada se os entes políticos dispusessem de um conjunto de meios idôneos a provê-los de recursos. Reputando como idôneo, a capacidade do ente via lei própria, auferir suas próprias.

Luiza Siqueira (2015, p.97) critica esse posicionamento, entendendo quanto a essa questão que a simples possibilidade de auferir receitas por lei próprias não seria idônea, se estas obtidas, por exemplo, não forem compatíveis ao número de incumbências outorgadas. Reclamando assim, uma atenção maior do constituinte ao repartir competência para que estas restem equalizadas.

Nos inclinamos a essa posição, concluindo que se não assegurado recursos financeiros idôneos para o desempenho das funções institucionais, a ideia de federalismo, assim como da autonomia entre os entes federados não passará de um tremendo faz de conta.

3.3.2. *Cláusula Pétrea*

Outro aspecto que nos impende discorrer é o fato do pacto federativo, quedar-se na Constituição como cláusula pétrea. Para isso faz-se necessário delinear certas premissas.

A primeira seria o fato da Constituição Federal além de estar no ápice do sistema jurídico, ser uma norma jurídica fundamental feita para perdurar por um largo período, podendo assim ser alterada, reclamando, porém, uma forma custosa (ARAÚJO, 1997, p.152).

A segunda seria que apesar da existência do poder constituinte derivado, imbuído na função de alterar a constituição via procedimento mais dificultoso que o da lei, nem tudo é passível de mudança. Isso porque o constituinte ao elaborar a Lei Maior, elegeu uma série de assuntos que dada sua essencialidade, tem-se por

defeso qualquer proposta que tenda a abolir, suprimir tais assuntos. A esses assuntos se intitulou por cláusulas pétreas (CUNHA JR,2015, p.205).

Luís Barroso (2009, p.159) entende que ideia que perpassa por trás das cláusulas pétreas, é justamente a ideia de proteger o verdadeiro espírito, a identidade da Lei Maior.

Vista tais premissas, cumpre-se analisar o mandamento constitucional que preconiza que:

Art. 60,§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I- a forma federativa de Estado;

Assim há de se observar que da forma como foi posta com o uso do vocábulo ``tendente``, alarga-se a proteção, atingindo não apenas propostas que visem diretamente abolir, como também propostas que por via reflexa, dissimulada a visem (HORTA,2003, p.88).

4. FEDERALIZAÇÃO DO ICMS

Toda a problemática envolta do ICMS, seja por ser tributo indireto, seja por ocasionar uma terrível guerra fiscal, conforme mencionamos acima, tem encorajado certos juristas a suscitar a federalização do mesmo. Cabe pontuar que, como visto, essa proposta impacta todo um sistema tributário, indo de encontro por exemplo ao propor por exemplo a redução das 27 legislações atuais que regem sobre o ICMS, para apenas uma de cunho federal.

Quanto a essa questão, como bem destaca Luiza Siqueira (2015, p.115) a discussão ganha tons ainda mais elevados por se tratar do ICMS, justamente o principal imposto sob o domínio dos estados, crucial para a saúde financeira dos mesmos. Pontuando assim que talvez se tratando de outro imposto não houvesse tanto alarde.

Há uma série de implicações que geram com essa tomada de decisão, será analisado tanto posições favoráveis, como contrárias.

4.1. imposto de valor agregado

A ideia de Imposto sobre Valor Agregado (IVA) como sinaliza Luiza Siqueira (2015, p.115) era ter um imposto único sobre circu-

lação e serviço. Hoje tem 3, o IPI federal, o ICMS estadual e o ISS municipal. A ideia assim seria simplificar um sistema altamente complexo, para facilitar sua operacionalização.

Luiza Siqueira (2015, p.116) apesar de enxergar as vantagens da instituição do IVA, verifica de pronto o grande obstáculo: compatibilizá-lo com o sistema constitucional tributário. Uma vez transferido para o domínio da União, Estados e Municípios perderiam a capacidade de autossustentância financeira, refletindo, portanto, no esfacelamento da autonomia financeira e por consequência do pacto federativo que é cláusula pétrea.

Luiza Siqueira (2015, p.116), em que pese a notória incompatibilidade do IVA com o atual sistema tributário, reputa idôneo ainda assim a criação do IVA por entender que devido ao atual sistema complexo, a prestação de serviços públicos de qualidade, que reputa como um dos fundamentos da federação, resta-se prejudicada. Assim, vez que o próprio sistema atual já é inconstitucional, não queda argumentos plausíveis ao impedimento da instituição do mesmo.

Portanto, não deve prosperar os argumentos utilizados, por não ser possível desconsiderar uma cláusula pétrea, assim como, apesar do sistema atual operar mal, não existir reais garantias que IVA suplantá-lo-ia, em que pese inclusive acreditarmos, trata-se de algo incerto.

Outra questão relevante e não explorada, quanto ao IVA foi em elucidar como ficaria a autonomia financeira dos estados e municípios, quais garantias teriam, vez que a competência dá poder não apenas de instituir, como conceder benefícios (isenção, diminuição de alíquotas), ainda nos casos que há repartição de receitas, não reservando ao outro o ente, mesmo com direito a participação na receita, poder algum (CARRAZZA,2010, p.569).

4.2. Repartição de receitas

A repartição de receitas seria a consequência da federalização do tributo acima tratado.

Sintetiza Roque Carrazza (2012, p.768) que normalmente o ente institui o tributo, e fica com o produto para si. Mas ocorre casos, não raros, em que a Lei Maior determina que o ente político

deve partilhar sua receita auferida, nesses casos, temos a repartição de receitas.

Cumpra-se salientar que nesses casos, o direito de participação quanto ao arrecadado não influi na privatidade do tributo, de forma que o ente competente, dentro dos limites constitucionais, dispõe da forma que bem entende, prescindindo da anuência daqueles que participam da receita, inclusive nos casos de isenção (CARRAZZA,2012, p.770).

Assim percebe-se o quão vulnerável estariam os estados, visto que estariam reféns a política adotada pela União, a sua agenda, logo distantes do que se convencionou como federalismo.

Como bem assevera Fernanda Almeida (2010, p.16), esvaziar a autonomia estadual é desnaturar a própria federação, vez que por mais que o federalismo comporte adaptações, a autonomia faz parte de um núcleo irreduzível, de um pressuposto que dá sentido a todo um sistema.

Assim não resta dúvidas, portanto que a mera transferência de receitas não satisfaz, visto que para além da perda da capacidade dos estados de se prover, não há garantias necessárias que os repasses de receita serão idôneos para a consecução das atividades.

4.2.1 Perda de Autonomia

Portanto, como visto acima, restaria deveras prejudicada a autonomia dos Estados com a

Federalização do ICMS. Isso porque, conforme explicado acima, esta medida implica em inúmeras consequências, dentre elas justamente a perda da competência tributária, que é a possibilidade de livre dispor do tributo, obedecido os limites constitucionais, pelos Estados em favor da União. (AMARO,2012, p.115).

Dessa forma não haveria autonomia financeira, visto que os estados não poderiam através de sua própria legislação ter um meio para extrair suas receitas. Desconfigurando assim a autonomia financeira (GAMA,2011, p.207).

Logo, comprometida a autonomia financeira, comprometido estaria o federalismo, visto que a aquele é pressuposto essencial para que este não seja apenas nominal (SIQUEIRA,2015, p.97).

Apesar disso, há quem defenda que a autonomia financeira não implica necessariamente na concessão de competências tributárias, podendo até ser uma das formas. O essencial mesmo para que a autonomia financeira esteja caracterizada seria a repartição das receitas de forma a viabilizar um agir dos entes políticos autônomo (SCHOUERI,2015, p.258).

Nesse mesmo sentido André Elali (2005, p.106), que diz que a cláusula pétrea preceitua apenas pela manutenção da estrutura federal, que subsistiria no seu entender, desde que mantivesse os repasses obrigatórios das receitas.

Essa é uma visão minoritária e que apesar de funcionar em países europeus, entendemos que não deva prosperar, sobretudo na realidade brasileira, caracterizada pela desconfiança entre os entes da federação, sendo, portanto, penoso crer que a União na tomada de decisões levará em consideração o impacto que gerará nos estados, nos casos de isenção por exemplo.

Dessa forma a federalização do ICMS só agigantaria ainda mais o poder da União, sobretudo o financeiro, esfacelando por completo o federalismo, que reclama um equilíbrio entre os entes para que haja autonomia e não um repleto estado de sujeição (ALMEIDA,2010, p.16).

Roque Carrazza (2012, p.756) até reputa possível a alteração das competências tributárias, desde que esta prossiga via emenda, e com cautela, uma vez que a autonomia financeira dos entes não poderia ser alcançada, pois assim viria de encontro com uma cláusula pétrea.

Inclusive Roque Carrazza (2016, p.756), ao exemplificar quanto aos limites da alteração cita justamente a impossibilidade de despir os estados da competência quanto ao ICMS, por este imposto justamente lhes dá o provento suficiente para realizar seus objetivos institucionais.

4.3. Inconstitucionalidade

Por fim, resta-se verificar a eventual constitucionalidade ou inconstitucionalidade da medida, que é a conformidade ou desconformidade direta do ato com a Constituição. Esta se torna pos-

sível, em sistemas que adotam a rigidez constitucional, visto que a supremacia da Constituição impõe conformidade das demais normas a ela (CUNHA JR,2015, p.279).

Partindo dessas considerações e analisando o Art.60 da Constituição federal temos: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado;

Assim com base nas análises acima quanto as implicações da federalização do ICMS, vê-se de pronto uma notória violação a constituição, visto que a perda de competência implica na perda de autonomia financeira, atingindo, portanto, o pacto federativo. Assim, há uma inconstitucionalidade material da proposta, por viola o conteúdo da Lei Maior (BARROSO,2006, p.29).

Entendemos como André Tavares (1998, p.9-10) que a Constituição deve ser preservada por eleger em seu bojo os valores mais básicos para vida em sociedade. Por conta disso, qualquer pretensão inconstitucional não deve prosperar, ainda mais se tratando de cláusulas pétreas, visto que estas o constituinte ainda teve um cuidado maior, blindando-as de qualquer alteração.

Há, porém, vozes contrárias, que discutem se justo seria o constituinte selar o destino de várias gerações tomando por base o momento histórico da promulgação. Assim há quem sustente a relatividade das cláusulas pétreas, visto que o constituinte não seria dotado de bola de cristal, de forma a prever as inúmeras transformações, legitimando, portanto, a alteração das mesmas via revisões constitucionais, até porque a constituição não traz em seu bojo expressamente a imutabilidade das cláusulas pétreas, apenas prevê que estas não podem ser alcançadas via emenda, silenciando-se quanto ao alcance pela revisão (FERREIRA FILHO,2007, p.172-73).

Há de se pontuar apenas que esta discussão, além de ser pouco maturada, é sustentada ainda por uma corrente ainda irrisória, de forma assim a reputarmos uma alegação não idônea ainda para ser o fundamento da questão.

5. CONCLUSÃO

A questão levantada em torno desse artigo, girou-se na análise não apenas da possibilidade jurídica de alteração de competência do ICMS, federalizando-o, ou seja, deixando os domínios dos esta-

dos para posse da união, como também ponderar e criticamente analisar sob todos os ângulos não apenas os motivos que propuliona tal proposta, como o tributo em questão e todas as implicações relacionadas a esta alteração..

Entendemos que a prima facie a proposta do IVA de simplificar o sistema tributário, reduzindo os tributos indiretos a apenas um se mostra interessante. Isso porque como visto, há uma dificuldade enorme de uma tributação justa e equilibrada para com os contribuintes, onerando da mesma forma contribuintes em situações distintas. Assim como verifica-se os efeitos gerados pela guerra fiscal, que prejudica severamente o pacto federativo, vez que acaba-se reduzindo ainda mais as autonomias dos próprios entes.

Em que pese os problemas expostos, entendemos que a solução para problema se passa não só pelo aprofundamento no uso da técnica da seletividade com o objetivo de amenizar tais injustiças. Assim como pelo cumprimento efetivo da União do seu dever previsto no Art.151 da Constituição, de promover políticas afim de reduzir o desequilíbrio socioeconômico regional. Com isso, certamente esvaziar-se-ia o próprio propósito da federalização do ICMS.

Quanto a regra do CONFAZ de exigir unanimidade dos votos para a ratificação de incentivos fiscais, esta se mostra mais que necessária para preservar federalismo. Isso porque a necessidade de unanimidade é que garante a possibilidade dos estados a vetarem qualquer incentivo lesivo aos seus interesses, sendo, portanto, instrumento idôneo para concretizar a autonomia destes. A regra nesse caso se mostra ainda mais relevante por ser tratar do ICMS que corresponde a uma fatia de mais de 80% da receita.

Há, portanto, que salientar que essa regra demanda do judiciário uma ação mais enérgica quanto a uma eventual desobediência, até porque hoje depara-se com dois pesos e duas medidas, uma vez que, por exemplo, um contribuinte que sonega é preso, agora um ente da federação que descumpre um mandamento constitucional, não se depara com grandes complicações.

Por fim, cumpre-se analisar que por mais que haja uma corrente que defenda a possibilidade inclusive de alteração de cláusulas pétreas, por revisão constitucional, entendemos que hoje ainda não existe parâmetros bem delineados que viabilizem a utilização

deste raciocínio neste momento. Até porque, permitir mudanças afoitas, sem a devida maturação e grau de consenso, neste caso poria em risco todos os direitos e garantias conquistados.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto. ICMS: diagnóstico e perspectivas. In: REZENDE, Fernando (Org.).

O federalismo brasileiro em seu labirinto: crise e necessidade de reformas. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 12 Ed. São Paulo: Saraiva. 2012

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O federalismo brasileiro, seus característicos e a vedação material contida no art. 60, §4o, alínea I. In: **Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 145/153.** 1997.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária.** 5 ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estados e Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 23 mai. 2017.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei Complementar 24 de 1975.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?-codteor=1233855&filena me=Dossie+-PLP+32/1974> Acesso em: 05, mai. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº24 de 1975**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp24.htm>. Acesso em: 29, mai. 2017.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU e Progressividade**. Editora Juruá: Curitiba. 1998.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CASSONE, Vitório. **Direito Tributário**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CINTRA, Carlos César Souza. Particularidades manifestadas pela disciplina jurídica fundamental da tributação no Brasil. In: ELALI, André; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; TRENNEPOHL, Terence. **Direito Tributário: Homenagem a Hugo de Brito Machado**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011

CUNHA JR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2015

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral**. Lisboa: Guid Juris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 edição. São Paulo, Editora Atlas. 2011.

ELALI, André. **O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional**. São Paulo: MP Editora, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). **Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária: fundamento para uma teoria da nulidade**. 2 edição. São Paulo. Editora Noeses.

GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales; PAULINO, Sandra Regina da F. Tributação Sobre o Consumo: O esforço de onerar mais que ganha menos. **Revista Sequência**. Florianópolis. 2013, n.66, pp.213-234. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/09.pdf>>. Acessado em: 10 mai. 2017.

GONÇALVES, José Arthur Lima. **Isonomia na Norma Tributária**. São Paulo: Malheiros. 1993.

MACHADO HORTA, Raul. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eventuais Efeitos Prospectivos de Proposta de Súmula Vinculante 69 do STF e Inteligência da Unanimidade Exigida para Estados e Distrito Federal concederem Estímulos Fiscais como Cláusula Pétrea Constitucional. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. v. 16. São Paulo: Dialética, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sistema tributário na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2007. p. 625.

Receita do Estado de São Paulo. **Relatório da Receita Tributária do Estado de São Paulo**. Disponível em:

<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Downloads/INTERNET_janeiro15.pdf>. Acessado em: 4, mai. 2017.

Receita Federal do Brasil. **Carga Tributária no Brasil 2015, Análise dos Tributos por Base de incidência**. Disponível em:

<<https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf>> Acessado em: 4, mai. 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva. 8 edição.2016.

SCHOEURI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

SIQUEIRA, Luiza Noronha. **Estado federal, tributação e autonomia dos entes federados: possibilidade de fortalecimento do federalismo pela centralização**. 2015. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6863/1/Luiza%20Noronha%20Siqueira.pdf>>. Acessado em: 14, mai. 2017.

SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa. **Guerra Fiscal de ICMS no Brasil: exame sobre a unanimidade exigida para a concessão de incentivos fiscais no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)**. 2016. Disponível em:

<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2253/Disserta%3a7ao_Daniel%20Correa%20Szelbracikowski.pdf?sequence=1&i-sAllowed=y> Acesso em: 23, mai. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TILBERY, Henry. O conceito de essencialidade como critério de tributação. **Direito Tributário Atual**. Ed. Resenha Tributária e IBDT. v.10. São Paulo. 1990.

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

TRENNEPOHL, Terence. **Direito Tributário: Homenagem a Hugo de Brito Machado**. Editora Quartier Latin: São Paulo. 2011.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **Justiça e Capacidade Contributiva: a Questão dos Impostos**

Reais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 53. Fev., 2000.

Capítulo IV

O direito de representação nas sucessões em casos de comoriência: uma crítica à aplicação engessada dos artigos 1.851 e 1.854 do Código Civil

Gabriel Ferreira Póvoa

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito

O direito de representação nas sucessões em casos de comoriência: uma crítica à aplicação engessada dos artigos 1.851 e 1.854 do Código Civil

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 ASPECTOS JURÍDICOS DA COMORIÊNCIA 2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA E TEORIAS 2.2 O INSTITUTO DA COMORIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E IMPLICAÇÕES SUCESSÓRIAS 3 DIREITO DE REPRESENTAÇÃO 3.1 PRESSUPOSTOS 3.2 CAUSAS E EFEITOS 4 A REPRESENTAÇÃO SUCESSÓRIA NOS CASOS DE COMORIÊNCIA 4.1 OS POSSÍVEIS HERDEIROS E À APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 1.851 E 1.854 4.2 A INTERPRETAÇÃO DO TEMA NA VII JORNADA DE DIREITO CIVIL 4.3 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS.

RESUMO: O artigo possui o intuito de fazer uma crítica referente à forma como os artigos 1.851 e 1.854 do Código Civil de 2002 abordam o direito de representação, e tornam por excluir a possibilidade de aplicação desse direito nos casos de comoriência. Para ingressar nessa discussão, é necessário entender o conceito de comoriência e suas origens, como também compreender os pressupostos e causas da representação, e assim ressaltar sua

importância, sendo em sua aplicação ordinária ou em circunstâncias pouco comuns. A partir daí, então, analisar a interseção entre esses institutos, observando também pela perspectiva jurisprudencial e doutrinária.

Palavras-chave: Sucessões; Como-riência; Direito de Representação; Pré-morte.

1. INTRODUÇÃO

Considerando os avanços tecnológicos e científicos que nossa sociedade apresenta na contemporaneidade no que diz respeito a técnicas de segurança, prevenção de acidentes (sejam esses de pequena ou grande escala) e criação de mecanismos que possam proteger o frágil corpo humano de forma mais efetiva, tornaram-se cada vez menores os índices de mortalidade em acidentes e catástrofes. Isso, também, atrelado a uma constante ascensão da área da medicina. Entretanto, nem tudo está no alcance da evolução humana.

Acidentes aéreos, catástrofes causadas por fenômenos naturais como tsunamis e tempestades, acidentes automobilísticos, naufrágio de embarcações no meio do mar. O que todos esses tipos de acontecimento têm em comum, é que, apesar dos avanços tecnológicos citados, em casos como esses, há um fenômeno que dificilmente será evitado: a morte.

A morte que, para o direito, tem grande influência, pois é a partir dela que surgem as sucessões. Os bens do falecido serão transmitidos aos seus herdeiros, não como uma forma de aliviar a dor da perda, mas porque nenhum bem deve ficar sem um dono. E, portanto, aos herdeiros, serão entregues esses bens para que sejam administrados como bem entenderem ou dando continuidade ao legado do falecido, numa forma de homenagem ou respeito àquele patrimônio.

Observa-se também que, nessas fatalidades de grande porte, muitas vezes, fala-se no óbito de várias pessoas. E desses óbitos, mesmo que não tenham eles de fato ocorrido no mesmo instante, pelas circunstâncias, fica impossível descobrir quem faleceu pri-

meiro. E, tratando-se de parentes, isso gera implicações sucessórias a serem discutidas.

Tradicionalmente, aqueles que perecem ao mesmo tempo, ou sem possibilidade de saber a ordem na qual partiram, não poderão herdar entre si. O direito de representação não alcança esses casos. Contudo, há correntes doutrinárias discordando dessa interpretação, e esse será o núcleo do artigo.

No segundo capítulo será explicado um pouco da história da comoriência (morte simultânea) e o seu conceito. Posteriormente, no capítulo três, será abordado o direito de representação, analisando como este funciona e quando será aplicado. E adiante, no quarto capítulo será feita uma reflexão em torno da problemática do artigo, que é a forma como os artigos 1.851 e 1.854 do Código Civil interpretam a aplicação da representação nos casos de morte simultânea, analisando a perspectiva doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto.

2. ASPECTOS JURÍDICOS DA COMORIÊNCIA

Ainda que raros os momentos que não será possível para a medicina moderna identificar a ordem das mortes num acidente, por vezes, a proporção desses eventos é tamanha que, num caso de acidente aéreo, por exemplo, poderá ocorrer de nem sequer acharem corpos para que se possa chegar a essa conclusão.

E partir disso, surge à importância de conceituar a comoriência. “Representa, pois, a comoriência o falecimento simultâneo de duas ou mais pessoas, em circunstâncias que não permitam identificar o premoriente” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 55). Essa é, provavelmente, a definição que será encontrada na maioria dos manuais de direito e dicionários, além de muito próxima da leitura do artigo oitavo do Código Civil de 2002. Trata-se de uma definição simples, porém é necessário entender sua origem e outros conceitos para que se possa adentrar no tema da comoriência em si.

2.1. Perspectiva histórica e teorias

A morte, no direito brasileiro, é decretada nos casos de morte real, ou seja, quando não há mais atividade encefálica ocorrendo.

Para ser decretada, é necessário o parecer de um profissional da área médica (lei 9.434/97, artigo terceiro). Não basta ter ocorrido à falência do sistema cardiorrespiratório, pois poderá haver o suprimento desta por intermédio de aparelhos.

A lei 10.406 de 2002, nosso Código Civil, também cita a morte presumida, que acontece quando em casos de extrema possibilidade da morte de quem estava em perigo de vida ou em casos de desaparecimento em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra (artigo sétimo, incisos I e II). Há ainda os casos de, ao desaparecer uma pessoa do seu domicílio sem dar notícias, se não houver deixado representante ou procurador, para que possa cuidar de seus bens enquanto está não é encontrada, é decretada sua ausência. Os efeitos dessa são semelhantes à decretação da morte.

No que diz respeito às origens, foi o direito romano o primeiro a buscar uma solução para a discussão sobre o que deveria ocorrer quando duas ou mais pessoas morrem sem haver possibilidade de saber a ordem, sendo elas herdeiras entre si. Entende-se que “o Direito Romano estabeleceu presunções de premoriência, baseadas na probabilidade de maior ou menor resistência vital” (GOMES, 2012, p. 15).

Baseada nas características do ser humano, como idade, sexo ou até porte físico, o Direito Romano estabeleceu uma espécie de regra na qual ter uma dessas características lhe tornaria mais vulnerável e, conseqüentemente, mais suscetível a falecer primeiro. Por exemplo, existia a presunção de que se eram os filhos impúberes, morreram antes dos pais. Se já haviam alcançado a puberdade, essa presunção era invertida (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 55). O código napoleônico de 1804 também seguia regras semelhantes, inclusive detalhando as presunções de premoriência nos seus artigos 720 a 722.

Partindo para as legislações atuais, o entendimento da legislação inglesa não destoa muito do Direito Romano. Para os ingleses, a ideia de morte simultânea não é possível, e, portanto, esgotando-se os meios de descobrir quem de fato morreu primeiro, presume-se que este foi à pessoa mais velha. Já nos códigos alemão, português, italiano e também no brasileiro, não é adotada a presunção

de que alguém faleceu antes. Não havendo como saber, é definido que aquelas pessoas morreram ao mesmo tempo (NASCIMENTO, 2016, p. 1 – 2).

Há ainda que salientar que a comoriência prende-se a circunstâncias de tempo e não de lugar. Sustenta-se que poderia ocorrer a comoriência ainda que as pessoas estivessem em locais distintos, como continentes diferentes, por exemplo, desde que não fosse possível averiguar quem foi premoriente, considerando não ter sido possível a ciência médica precisar sobre isso (CARVALHO, 2017, p. 94 – 95).

2.2. O instituto da comoriência no Direito brasileiro e implicações sucessórias

como já citado no tópico anterior, a legislação brasileira entende que nos casos onde não seja possível descobrir a premoriência, é decretada a morte simultânea. E esse entendimento influencia diretamente nos direitos de sucessão.

O direito sucessório nacional é regido pela regra de transmissão automática dos bens, conhecido também como princípio de Saisine, que pode ser explicado da seguinte forma: Ao falecer, o indivíduo deixaria uma gama de bens sem titular, pois sua morte encerraria a posse desses. Para não deixar esses bens sem um dono, a morte de indivíduo acarreta na transferência imediata e automática dos bens para seus herdeiros (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 64 – 68).

Aberta a sucessão, deve ser observado o artigo 1.798 do Código Civil que diz que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” A partir disso, tornamos a observar a ordem de vocação hereditária que define os herdeiros legítimos da sucessão. Esse conceito, para Silvio Rodrigues (1967, p. 78), é definido como “uma relação preferencial estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder ao finado”.

Acrescenta também Maria Helena Diniz (2011, p. 122) que a vocação hereditária

Consiste na distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, baseada em relações de família e de sangue conforme se pode ver pelo disposto no artigo 1.829 do Código Civil [...]. Portanto, a base dessa sucessão é parentesco, segundo as linhas e os graus próximos ou remotos, respeitando-se a afeição conjugal.

Então, havendo o falecimento de alguém, os descendentes, ascendentes, cônjuges e colaterais, nessa ordem, terão prioridade para o recebimento da herança. Considerando também que os cônjuges, mesmo em terceiro na ordem de vocação hereditária, concorrem com os descendentes e ascendentes na sucessão, salvo se era casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 204 – 213)

Voltando a falar da morte simultânea, Maria Berenice Dias (2010, p. 286) entende que o vínculo sucessório entre ambos desaparece nesses casos. Com isso, um não herda do outro e os bens de cada um passam aos seus respectivos herdeiros.

Portanto, é compreensível que, de certa forma, o princípio de Saisine é mitigado visto à impossibilidade de reconhecer a ordem de falecimento dos indivíduos. O fato é que sabemos que algum deles morreu primeiro. Contudo, a ciência e medicina nem sempre serão capazes de esclarecer esse fato, restando ao nosso ordenamento criar soluções para as lacunas (LIMA, 2014, p. 14).

E no caso, essa solução é a explicitada por Maria Berenice Dias (2010, p. 286). A simultaneidade tornaria impossível a chance de um herdar do outro, visto que para isso, algum dos dois deveria estar vivo ou ter vivido mais que o outro. Por isso, nosso ordenamento criou o direito de representação, que será aprofundado no tópico seguinte.

3. DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

No direito das sucessões, existem duas formas de suceder a herança do falecido. A primeira delas, que sempre ocorre, é a sucessão por direito próprio, também chamada de sucessão por cabeça. Nesse caso, o herdeiro direito de uma classe sucessório irá

ter direito a sua quota parte dos bens. A outra forma de sucessão é a por representação, também chamada de sucessão por estirpe (DIAS, 2013, p. 220 – 221).

“A representação foi criada, já no Direito Romano, para reparar parte do mal sofrido pela morte prematura dos pais” (VENOSA, 2003, p. 101). Por esse motivo, foi criado o direito de representação. Busca-se equilibrar, de certa forma, a maneira como irá ser distribuída a herança entre os legitimados a suceder. O nosso ordenamento entende que a não existência desse direito cria uma injustiça, por deixar de beneficiar parte dos descendentes legítimos de receber parte da herança, sendo esses injustiçados, na maioria das vezes, netos do *de cuius* (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 251 – 252).

No entendimento de Washington de Barros Monteiro (1981, p. 93), a representação traduz-se em convocar legalmente para suceder em lugar de outro herdeiro, parente mais próximo do falecido, mas que se encontra na impossibilidade de suceder por motivo anterior à abertura da sucessão.

3.1. Pressupostos

Na legislação brasileira, para representar, não basta simplesmente querer. Certos requisitos devem ser cumpridos para que esse direito possa ser usufruído. O primeiro desses pressupostos é que apenas poderá ocorrer à representação na sucessão legítima.

A sucessão legítima é essa prevista em lei e que herdam os herdeiros legítimos previstos no artigo 1.829 do Código Civil. O motivo desse requisito é que a representação, para boa parte da doutrina, como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015, p. 221), é incompatível com a sucessão testamentária. O representante é sucessor do autor da herança, e não do representante. Há apenas uma transmissão sucessória: do *autor hereditatis* para o representante sucessório, em lugar do representado. Entretanto, nada impede do testador, em seu testamento, dispor sobre eventuais substitutos para no caso de o beneficiário não querer (renúncia) ou não poder (pré-morte, indignidade ou deserdação) para receber a vantagem patrimonial. Fala-se aqui da autonomia privada do testador de escolher, e não de um *jure representationis*. Há previsão disso no artigo 1.947 do Código Civil.

O segundo pressuposto é de não ser possível chamar aquele que deveria suceder. Para haver a representação, é necessário que falte o herdeiro que sucederia. Exemplificando, teria de haver o concurso entre filhos e netos, sendo um dos filhos *prê-morto*, indigno ou deserdado, ou entre irmãos e sobrinhos, estando um dos irmãos incluído numa das situações citadas (GOMES, 2012, p. 48).

Vale Salientar que a representação não se opera *per saltum et omisso médio*, ou seja, omitindo gerações. Exige-se uma continuidade da linha de descendência, com respeito à preferência do parente mais próximo. Por exemplo, não pode o neto atravessar o pai vivo, com intuito de receber a herança do avô (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 225).

O terceiro pressuposto é descendência, prevista no artigo 1.852 CC-02. Para representar, tem de se tratar necessariamente de um filho, neto, bisneto e assim por diante. Na linha colateral, limita-se aos descendentes de primeiro grau, que são os irmãos (no caso, os sobrinhos poderiam representá-lo). A linha ascendente não pode usufruir o direito de representação. A regra para ascendentes é mais restrita e não sofre mitigação. Citando parte da obra de Antônio Elias de Queiroga, dizem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 222), que:

A explicação do jurista paraibano Antônio Elias de Queiroga merece alusão, embora não possa ser interpretada na literalidade: “a exclusão dos ascendentes do direito de representação fundamenta-se na afeição presumida do *de cuius*. De ordinário, os filhos são mais afeiçoados aos pais que aos avós. Como afirmava Hermenegildo de Barros, ‘a afeição é como os rios: desce sempre e não sobre nunca’”.

Portanto, ainda que não se possa afirmar que as relações humanas são idênticas, pois não há regras sobre com quem às pessoas devem ou irão se afeiçoar mais intensamente, a não escolha do direito de representação para ascendentes decorre de política jurídica, ou seja, uma opção do sistema. Visualiza-se que o ordenamento pretende que os descendentes deem continuidade aos direitos de seus falecidos pais ou avós.

Cumprido esses três requisitos, o direito de representação poderá ser concretizado. Contudo, é preciso observar as causas que nos levam a precisar do direito de representação e os seus efeitos.

3.2. Causas e efeitos

A representação é admitida tradicionalmente nos casos de pré-morte, indignidade e deserdação. Desses, para este artigo, o conceito mais relevante será o da pré-morte, pois é o que mais se aproxima da temática da comoriência. É chamado de pré-morto àquele que morre antes do seu ascendente, quando normalmente, por uma presunção natural, esse não morreria antes de seu antecessor e, naturalmente, seria sucessor da herança desse ascendente.

O direito de representação nos casos de pré-morte surge num viés de cunho ético e social. No entendimento de Farias e Rosenvald (2015, p. 220), se aplicada às regras de sucessão de forma muito restrita, haveria significativo desequilíbrio e, de certa forma, uma afronta à solidariedade familiar. Isso, pois haveria uma quebra da linha de continuidade das gerações familiares.

Exemplificando, no caso de um pai falecer e possuir cinco filhos, sendo que antes de sua morte faleceram dois deles. Considerando que ambos possuíam filhos também, apenas os três filhos receberiam a herança numa hipótese de inexistência do direito de representação. Ou seja, há uma desproporção visto que nada herdariam os netos por se encontrarem num patamar diferente na ordem de vocação hereditária (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 220).

As demais causas, referindo-se a indignidade e deserdação, tratam de casos onde os herdeiros, apesar de não estarem necessariamente mortos, para efeitos hereditários, são como se morto estivessem, de acordo com o artigo 1.816 do código civil. O indigno e o deserddado são os excluídos da sucessão por praticarem algo dito antiético. Apesar de serem conceitos com vários pontos de convergência, possuem diferenças significativas.

A indignidade é pedida por terceiros interessados, no prazo de quatro anos da abertura da sucessão, e obtida mediante sentença judicial. Podem ser considerados indignos os herdeiros legítimos, sejam eles necessários ou facultativos, e os herdeiros testamentários. Não há necessidade de se tratarem sempre de fatos anteriores à morte do autor da herança para que seja pedida a indignidade e os motivos da indignidade são mais restritos (todos os motivos da indignidade servem também para deserdação). Resolve uma vo-

cação hereditária existente no momento da abertura da sucessão (DIAS, 2013, p. 297 – 300).

A deserdação é feita por testamento pelo próprio testador e com declaração expressa da causa. Diferente da indignidade, seu alcance é reduzido e atinge somente os herdeiros necessários, especificamente os ascendentes, descendentes e cônjuge sobrevivente. Companheiros e parentes colaterais, por estarem fora desse rol, não podem ser deserdados. Entretanto, é muito simples para o autor da herança excluí-los, visto que basta haver herdeiros necessários ou, não havendo, é só não contemplá-los no testamento e destinar todos os seus bens a quem desejar. Voltando a deserdação, os suportes fáticos têm de ser anteriores à morte do autor da herança e os motivos para aplicá-los são mais amplos que os da indignidade. Por fim, a deserdação priva de uma vocação legítima por meio da vontade imperial do testador (DIAS, 2013, p. 297 – 300).

Existe ainda a dúvida se a sucessão representativa pode ser aplicada nos casos em que o herdeiro renuncia a herança. Nas palavras do Orlando Gomes (2012, p. 50), renunciando, essa pessoa nunca chegou a ser de fato herdeiro e, portanto, se nunca foi herdeiro nessa sucessão, não há porque de cogitar à representação. Os herdeiros do renunciante poderiam receber em dois casos: Se esse que renunciou era o único sucessor legítimos de sua classe (filho único, por exemplo) ou se todos os demais herdeiros na mesma classe desse que renunciou, também renunciarem. Isso faria com que a sucessão passasse completamente para uma classe seguinte. Contudo, vale deixar claro que numa hipótese dos herdeiros do renunciante se beneficiarem da sucessão, estamos tratando de uma herança por direito próprio (por cabeça), já que não há de se falar em representação nesse caso.

Para melhor compreensão do instituto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 249) exemplificam da seguinte forma:

Imagina-se que o autor da herança (José) tenha dois filhos: Josué e Jodascil. Quando do falecimento de José, seu filho Josué já havia falecido, porém deixara seus próprios filhos, Calisto e Carmelo, ou seja, netos do *de cujus*. Pelo instituto do

direito de representação, Calisto e Carmelo herdarão o quinhão que caberia ao seu pai, Josué, repartindo igualmente entre eles (art. 1.855 do CC-02), quinhão este que terá o mesmo valor do que o recebido por Jodascil.

Ou seja, Calisto e Carmelo representarão o seu pai Josué, pré-morto, incorporando aquilo que a ele caberia, se vivo fosse.

Em termos numéricos: se o valor da herança equivaler a R\$ 100.000,00, em vez de Jodascil recebê-la integralmente (já que Josué era pré-morto), receberá apenas R\$ 50.000,00, percebendo Calisto e Carmelo, cada um, o valor de R\$ 25.000,00.

Observa-se que, se Jodascil também fosse pré-falecido, deixando um filho, Jodascil Jr., os três netos do autor da herança, por estarem na mesma classe, receberiam cada um deles a cota-parte da herança de R\$ 100.000,00, qual seja, a parcela de R\$ 33.333,33.

Resumindo, o principal efeito da representação é atribuir a pessoas que não sucederiam, pela existência de sucessíveis pré-chamados, o direito de suceder, em substituição a um desses herdeiros, e passam, portanto, a ocupar a posição do herdeiro que substituem, tendo os mesmos direitos e encargos, agrupadas, porém, numa unidade inorgânica. A regra da sucessão do parente mais próximo é excepcionada para tornar essa relação mais justa e igualitária (GOMES, 2012, p. 50).

4. A REPRESENTAÇÃO SUCESSÓRIA NOS CASOS DE COMORIÊNCIA

Imagina-se o seguinte caso: Gabriel (pai) e Rafael (filho) viajam para uma ilha no oceano pacífico parar tirar férias. Num golpe de acaso, durante esse período, essa ilha é devastada por um tsunami que mata todos os presentes nessa ilha. Passados vários dias, os corpos de ambos são encontrados. Os legistas não conseguem identificar qual dos dois faleceu primeiro. Portanto, é decretada a morte simultânea de Gabriel e Rafael. A notícia abala muito os parentes mais próximos dos dois, que são: Daniel, filho de Gabriel e irmão de Rafael; Miguel, neto de Gabriel e filho de Rafael; e Isabel, mãe de Gabriel e avó de Rafael.

Por serem comorientes, Gabriel e Rafael não herdam entre si. A partir disso, não havendo existência de testamentos, Daniel herda 100% da herança de Gabriel por ser o descendente mais próximo e o único nessa classe, pois Rafael morreu. E Miguel herda 100% do patrimônio de Rafael, pois também é o descendente mais próximo e único na classe (CARVALHO, 2017, p. 94 – 97).

Ocorre que, se fosse comprovado que Rafael morreu antes de Gabriel, haveria transmissão de herança, pois não haveria mais comoriência e, assim sendo, Rafael torna-se pré-morto, ainda que por questão de segundos. E então, na premoriência de Rafael, Miguel corresponde aos requisitos tradicionais do direito de representação, e poderá concorrer com Daniel para herdar ao patrimônio de Gabriel, na condição de representante de Rafael. Ou seja, 50% dessa herança de Gabriel, vão agora para Miguel e não mais 100% apenas para Daniel, que ficará com 50% também (CARVALHO, 2017, p. 533 – 539).

Eis que surge o questionamento se a forma de tratamento do caso na comoriência não é injusta ao descendente de segundo grau, no caso Miguel, neto de Gabriel.

4.1. Os possíveis herdeiros e à aplicação dos artigos 1.851 e 1.854

Os artigos 1.851 e 1.854 dizem respectivamente que “dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse” e “os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse”. Em outras palavras, tem de ter o representado falecido anteriormente ao autor da herança (DINIZ, 2011, p. 191).

A pré-morte é um requisito muito forte para que seja concedido o direito de representação. A morte simultânea retira à chance de haver transmissão de bens entre os falecidos. O legislador age de forma muito pontual ao estabelecer que não haverá herança entre comorientes, numa forma de preservar a essência do direito das sucessões, que é a transmissão de bens aos parentes vivos.

No mais, há de preservar a segurança jurídica em torno do caso, considerando que a ordem da morte pode fazer uma enorme

diferença na sucessão. E dessa forma, um neto, por exemplo, não poderia pleitear que haja como representante do pai, havendo esse e o avô morrendo simultaneamente, pois os comorientes não estabelecem nenhum tipo de relação sucessória entre si. Sendo assim, não há possibilidade de representação (LIMA, 2014, p. 16 – 17).

Contudo, vem crescendo entre vários doutrinadores a discordância sobre a forma como propuseram os legisladores a resolver as sucessões no instituto da comoriência. Esses doutrinadores entendem que em certos casos, como numa morte simultânea de pai e filho, a resolução prevista na norma pode gerar injustiças. Num situação como essa, pode ocorrer o absurdo de os netos não receberem nada da herança do avô se o pai tiver morrido juntamente com esse e existissem outros filhos desse avô falecido (GOMES, 2012, p. 49).

Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017, 95 – 97) propõe que — para evitar situações injustas em que descendentes de segundo grau, por exemplo, fiquem excluídos da sucessão — seja excepcionada a regra da presunção de simultaneidade dos óbitos (levando-se em conta que trata-se de uma presunção relativa), devendo o magistrado acolher uma espécie de presunção de pré-morte, havendo a possibilidade desses descendentes serem beneficiados.

Observando o caso apresentado no início desse capítulo, se adotada a presunção de pré-morte, entende-se que Rafael é pré-morto de Gabriel na sucessão, para que, dessa forma, Miguel possa agir como representante e ser beneficiário da herança do avô. Leva-se em consideração também que se entendesse que Gabriel morreu antes, Miguel também receberia, pois antes disso haveria a transmissão para seu pai, Rafael, e posteriormente para ele. Ou seja, unicamente a situação de ser considerada a comoriência, e, portanto, afastado o direito de representação, que torna injusta a sucessão por excluir a possibilidade de um neto receber a herança do avô.

Importante frisar que essa presunção de pré-morte apresentada por Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017, 95 – 97) se afasta por completo da presunção estipulada no direito romano e no código napoleônico.

O direito romano e o código napoleônico se baseavam em critérios discriminatórios, ferindo, inclusive, a preceitos fundamentais

previstos na constituição de 1988, que prezam por igualdade (artigo 5º “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e inciso IV do artigo 3º “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”) e que por esse motivo, são incompatíveis com o ordenamento brasileiro (NASCIMENTO, 2016, p. 5).

A proposta de Carvalho tem o intuito de tornar mais justa à sucessão envolvendo morte simultânea, não estabelecendo, para isso, critérios que sugiram inferioridade de algum dos comorientes para que seja executado.

Um caso excepcional, previsto no artigo 1.853, é a permissão do direito de representação em linha transversal, unicamente em casos favorecendo filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrem. Claro que, por trata-se a linha colateral como possibilidade mais remota na ordem de vocação hereditária, se tem aqui uma hipótese um tanto quanto rara de acontecer. Contudo, defende novamente Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017, 534 – 535 e 542 – 543) que em casos de comoriência, deve o direito de representação se estender a essa hipótese na linha transversal também. Como já é permitida a representação por parte dos filhos dos irmãos, deve o juiz aqui presumir a pré-morte desse irmão para que o filho dele possa concorrer com o tio na herança do outro irmão. Mais uma vez, uma questão de tornar justa a situação, visto que em nada herdaria esse sobrinho se fosse aplicado friamente os artigos 1.851 e 1.854.

4.2. A interpretação do tema na VII Jornada de Direito Civil

A Jornada de Direito Civil surge em 2002, e foi trazida com o objetivo de discutir os dispositivos do então novo Código Civil, numa tentativa de preenchimento das inúmeras cláusulas gerais do mesmo.

Ruy Rosado de Aguiar (2005, p. 7), jurista responsável por trazer a Jornada de Direito Civil, sendo ele o coordenador geral desse projeto, diz que:

Os enunciados aprovados constituem um indicativo para a interpretação do Código Civil, estando todos diretamente relacionados a um artigo de lei, e significam o entendimento

majoritário das respectivas comissões, nem sempre correspondendo à proposição apresentada pelo congressista.

Acrescenta ainda Flávio Tartuce (2011, p. 1) que esses enunciados tornam-se uma grande referência doutrinária, devido ao grande número de juristas reverenciados, dentre esses, Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Desembargadores Federais e Estaduais; Juízes Federais, Estaduais e do Trabalho; Procuradores e Promotores, Advogados e Professores de Direito, que fazem parte desse projeto e o tornam tão importante. É muito interessante observar a proposta da jornada, que é promover diálogos e debates sobre essas cláusulas gerais, sempre presando o respeito, abertura e democracia dessa discussão, que tem, por sua natureza, um choque de gerações e perspectivas, para, por fim, chegar à um consenso sobre determinados temas.

Na VII Jornada de Direito Civil, que foi publicado em 2015, o tema do direito de representação nos casos de comoriência foi abordado da seguinte forma no enunciado 610:

Nos casos de comoriência entre ascendente e descendente, ou entre irmãos, reconhece-se o direito de representação aos descendentes e aos filhos dos irmãos. Parte da legislação: arts. 1.851 e 1.854 do Código Civil, Livro V – Direito das Sucessões; Título II – Da Sucessão Legítima; Capítulo III – Do Direito de Representação Justificativa: Parece claro que o direito de representação é concedido aos filhos de herdeiros pré-mortos. Nasce, no entanto, a dúvida se o direito de representação deve ser concedido aos filhos do herdeiro que falece simultaneamente ao autor da herança, em casos de comoriência. Maioria da doutrina não tem admitido o direito de representação, mas a jurisprudência tem se mostrado no sentido de concedê-lo aos filhos de herdeiros mortos em comoriência. Da leitura do art. 1.851 do Código Civil, vê-se a possibilidade de se reconhecer o direito de representação em casos de comoriência, uma vez que o artigo não faz menção à necessidade de pré-morte, estabelecendo apenas que os parentes do falecido podem suceder em todos os direitos em que ele sucederia se vivo fosse. Significa então, que ele pode ter morrido conjuntamente com o autor da herança, não havendo necessidade de ter morrido antes. Não reconhecer o direito de representação aos filhos de herdeiro falecido em concomitância com o autor da herança gera uma situação de verdadeira injustiça (AGUIAR JR., 2015, p. 41 e 42).

Portanto, doutrinariamente, o assunto evoluiu bastante ao ponto de chegar a um consenso sobre a injustiça que o entendimento e aplicação engessados dos artigos 1.851 e 1.854 do Código Civil.

4.3. Precedentes jurisprudenciais

O que se observa dos posicionamentos jurisprudenciais é a concordância com o exposto no tópico anterior. Por exemplo, nesse caso, o agravante tentou afastar o menor, filho e neto dos comorientes, da sucessão da avó, alegando que esse não poderia ser herdeiro por não haver sucessão entre os mortos. Contudo, entende o magistrado que ao contrário do que alegou o agravante, o art. 8º do Código Civil Brasileiro não afasta o direito de representação do filho herdeiro comoriente. Veja-se a ementa na íntegra:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. COMORIÊNCIA. ART. 8º DO CCB. INCLUSÃO NO INVENTÁRIO DO NETO QUE HERDA POR DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DO PAI FALECIDO. CABIMENTO. DIREITO DO MENOR ASSEGURADO. DECISÃO POR ATO DA RELATORA (ART. 557 DO CPC.) AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (Agravado de Instrumento Nº 70064124613, 2015).

Principalmente de 2015 em diante, esse consentimento vem aumentando.

5. CONCLUSÃO

Não há dúvidas que o tema aborda uma situação rara. Esgotados todos os meios de prova para averiguar quem poderia ter morrido antes ou depois em determinado caso, especialmente após o laudo técnico do médico legista, é que pode ser atestada a comoriência. Mas a raridade e especificidade do tema não deve afastar a procura de uma solução pelo direito. Na verdade, muito pelo contrário.

O Código Civil aborda o instituto, mas não aprofunda em suas possibilidades, o que acaba por tornar a aplicação prática muito fria e, diversas vezes, injusta. Há de considerar que se um neto ou sobrinho ficam sem a possibilidade de herdar legitimamente

daquilo que lhes é de direito, assegurado pela representação, é porque tem de ser revista à interpretação desses dispositivos.

Não se propõe aqui a volta da perspectiva romanista ou napoleônica de interpretar a comoriência. Não se trata da presunção de pré-morte baseando-se em critérios físicos ou de idade, e sim, numa presunção que torne possível uma sucessão justa aos herdeiros, sem para isso correr o risco de ferir princípios constitucionais ou causar uma insegurança jurídica.

Ao analisar os artigos 1.851 e 1.854, ambos usam a expressão “se vivo fosse”. Não há uma referência à necessidade de haver pré-morte para ser adquirido o direito de representação. Nos casos de morte simultânea envolvendo parentes, o fato deles não herdarem entre si é razoável, quando não for excluir alguém da sucessão. Um neto, que herdaria por cabeça se o avô morresse anteriormente ao pai, ou herdaria por estirpe, podendo representar o pai se caso esse morresse antes do avô, nada poderia herdar na comoriência.

A tese de que deve os magistrados assumir uma presunção de pré-morte para encaixar o direito de representação a esses netos e sobrinhos, por exemplo, acerta por buscar uma sucessão mais justa e compatível com o inciso XXX do artigo quinto da Constituição Federal que torna por garantir o direito de herança, que estaria sendo retirado dessas pessoas por mera interpretação fechada na norma.

Por fim, vale salientar a provável intenção das avós e dos avôs de não querer excluir os netos das suas heranças. É nessa presunção, inclusive, que se baseou o legislador ao permitir o direito de representação havendo pré-morte. E não há, portanto, razões para não aceitar que sejam beneficiados esses mesmos descendentes, independente de haver comoriência ou não.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **III Jornada de Direito Civil**. 3. ed. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2005. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 18 maio 2017.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **VII Jornada de Direito Civil**. 7. ed. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em:

< <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 maio 2017

— **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF, 04 fev. 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 05 maio 2017.

— **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Sucessões**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. V. 7.

FRANÇA, **Code civil des Français**: édition originale et seule officielle, 21 de março de 1804. Paris, 21 mar. 1804. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 24 maio 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito Civil: direito das sucessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIMA, Maklyste Oliveira. **O direito de representação em face ao instituto da comoriência**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande. Disponível em: < <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/12710>>. Acesso em 14 maio 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 6

NASCIMENTO, Rafael Monteiro de Castro. **A presunção de comoriência à luz da Constituição Federal e do Direito Comparado**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-comoriencia-a-luz-da-constituicao-federal-e-do-direito-comparado,56540.html>>. Acesso em: 05 maio 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70064124613, 2015. Sétima Câmara Cível. Relatora Sandra Brisolará Medeiros. Julgado em: 31 Mar. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70064124613&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica=-site&wc-200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 20 maio 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. v. 7.

TARTUCE, Flávio. **A volta das jornadas de direito civil**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820021/a-volta-das-jornadas-de-direito-civil>>. Acesso em: 18. maio 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 7.

Capítulo

V

A questão na Síria: uma análise
acerca da intervenção humanitária
unilateral e a relativização da
soberania nacional

Johnatan Rodolfo de Souza D'Alcantara

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana
De Direito e Gestão.

A questão na Síria: uma análise acerca da intervenção humanitária unilateral e a relativização da soberania nacional

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de analisar, sob as diretrizes internacionais, o grau de legitimação da chamada Intervenção Humanitária Unilateral, diante da omissão do Conselho de Segurança da ONU. O foco principal é compreender como este mecanismo vem sendo utilizado ao longo da história, desaguando finalmente, na mais recente conflagração amplamente violadora de direitos humanos, esta situada na Síria. Faz-se, ainda necessária, uma análise histórica e geopolítica, para fins de esclarecimento do conflito, considerando a atuação de grandes potências mundiais como EUA e Rússia, na consolidação das intervenções em detrimento de princípios basilares como o da soberania e não intervenção.

Palavras-chave: Intervenção Humanitária Unilateral; Soberania; Síria; Uso da força

ABSTRACT: This article focuses on a discussion concerning the legitimacy of Unilateral Humanitarian Intervention, under international law ju-

risdiction, facing the omission of the UN Security Council on the matter. It is necessary to understand how this mechanism has being used during the past centuries, focusing on the recent conflicts related to Syria, regarding its several human rights violations. Furthermore, it is imperative to explain how influent countries as USA and Russia, are related to the matter, which includes basic international law principles, mainly the sovereignty and non-intervention.

Key-Words: Unilateral Humanitarian Intervention; Sovereignty; Syria; Use of force

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 OS SUJEITOS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO 2.1 O ESTADO 2.2 AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E OS INDIVÍDUOS 2.3 OS PRINCÍPIOS DA SOBERANIA E NÃO INTERVENÇÃO 3 A INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA 3.1 A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS X INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA 4 UMA VISÃO GEOPOLÍTICA DA SÍRIA 4.1 USA VS. SÍRIA: A INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA UNILATERAL 4.2 A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA UNILATERAL 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Em 2011, o mundo pôde acompanhar o nascimento de uma das mais, se não a mais, violenta e crítica guerra civil da contemporaneidade, localizada na Síria. O embate entre o governo do presidente Bashar al-Assad, e o Exército livre da Síria, este composto por civis e militares desertores, foi a causa da crise social e

política que tomou conta do país, e vem cada vez mais danificando a estrutura nacional. A crescente guerra ascendeu as discussões mundiais, acerca da responsabilidade inerente à comunidade internacional, a respeito da possível utilização de um instrumento conhecido como Intervenção Humanitária, exercido então por forças militares externas, tendo como intuito cessar as diversas agressões que violam amplamente os direitos humanos.

O dado mecanismo então mencionado se relaciona diretamente com o uso da força diante de atrocidades cometidas em face dos consagrados direitos humanos, sendo entretanto, antecedido por determinados requisitos estipulados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, condicionando portanto, a legitimidade de tal ato. É imprescindível, se interpretar a Carta das Nações Unidas, seja na perspectiva de regra ou principiológica, para se compreender de que forma a Intervenção Humanitária, encontra sua fundamentação, diante de conflitos entre princípios basilares como a soberania e a ideia da não intervenção. Porém, sabe-se que diante das inúmeras conflagrações, consolidadas no decorrer do século vigente, é necessária uma análise fática e incisiva, para se elucidar como o uso da força extraterritorial foi, verdadeiramente utilizada pelos Estados.

É, portanto, indispensável trazer ao foco a face unilateral da Intervenção Humanitária, ou seja, a sua aplicação independente da autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas. O estabelecimento de tal mecanismo pôde ser amplamente verificado nos séculos XX e XXI, tendo como referência relativamente atual, a intervenção realizada pelo EUA, personalizado pelo então presidente à época Barack Obama, na Síria. Esta intervenção foi pautada única e exclusivamente pela autorização do congresso nacional americano, configurando como irrelevante a participação do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A grande problemática da questão é entender até que ponto uma intervenção militar, pode ser considerada legítima ou legal, isto é, quais os parâmetros definidores para se estabelecer a proteção aos direitos humanos em detrimento da soberania nacional, além de se verificar de que forma o caráter unilateral deve ser entendido diante da perspectiva contemporânea de relações internacionais, e seus princípios orientadores.

2. OS SUJEITOS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Para uma boa compreensão do tema ora abordado, se faz necessária a apresentação de noções básicas sobre os Sujeitos do DIP. Sabe-se que a sociedade jurídica internacional, é constituída por sujeitos que normalmente são o alvo de incidência do então proposto Direito Internacional Público, cujas disposições normativas são responsáveis por atribuir aos dados sujeitos integrantes da sociedade internacional, deveres internacionais além de vantagens também reconhecidas. É importante ressaltar as duas conotações atribuídas na perspectiva da qualificação jurídica aos sujeitos, sendo a primeira passiva: a quem o direito se destina. Já a segunda ativa: se mostra como a capacidade de atuação no plano internacional (MAZZUOLI, 2013, p.431). No mesmo direcionamento, segundo Ian Brownlie (2008, p.57), sujeito de direito é uma entidade capaz de possuir direitos e deveres internacionais, tendo ainda a capacidade de assegurar esses direitos ao clamar por eles no âmbito internacional.

É sabido que, após a segunda grande guerra mundial, a estrutura da sociedade internacional se reorganizou, dando início a nova ordem internacional. Entre os séculos XVII e XIX os Estados, sobretudo os europeus, eram exclusivamente detentores da qualidade de sujeitos de Direito Internacional Público. Entretanto, passado o século XX, esse cenário se modificou radicalmente abrindo espaço para novos personagens se estabelecerem no âmbito da sociedade internacional, sendo estes as organizações internacionais intergovernamentais (possuidores de personalidade jurídica derivada, enquanto os Estados são possuidores de personalidade jurídica originária) e os indivíduos (MAZZUOLI, 2013, p.431-433).

2.1. O Estado

Antes de conceituar especificamente as organizações intergovernamentais e os indivíduos, deve se atentar à delimitação conceitual do Estado. Como é sabido, o primeiro elemento a se consolidar como sujeito do Direito Internacional Público foi o Estado, sujeito absoluto até a chegada do século XX. Ainda assim, os Estados são os chamados sujeitos clássicos do ordenamento jurídico internacional, da mesma forma que as pessoas físicas podem ser

consideradas sujeitos primários das ordens jurídicas internas. Em suma, é imprescindível compreender que o Estado é uma instituição criada pelos homens possuindo a consagrada finalidade de organizar as variadas atividades humanas dentro de dado território (MAZZUOLI, 2013, p. 461-462).

Além de relevantes as noções históricas, deve-se focar nas diretrizes modernas do Estado. Para Ian Brownlie (2008, p.70) O artigo I da Convenção de Montevidéu sobre Direitos e Deveres dos Estados (Criada em 1933), afirma que o Estado, como uma pessoa de Direito Internacional, deve possuir quatro qualificações. Em primeiro lugar é necessária população permanente, em segundo lugar território definido, em terceiro lugar governo e por último a capacidade de se relacionar com outros Estados. Este critério então definido é amplamente utilizado pelos juristas atuais, porém uma análise incisiva sobre eles deve ser consumada para, então, se chegar a uma compreensão plena.

A convenção de Montevidéu deixa evidente a necessidade da população permanente, portanto este requisito não pode ser interpretado, sem a devida associação feita ao território, estabelecendo um ideal de comunidade estável. Dessa forma, a falta do caráter físico dificulta o estabelecimento de um Estado sob as diretrizes trazidas em 1933 pela convenção (BROWNLIE, 2008, p.70-71). É possível se perceber, que não existe Estado juridicamente estabelecido sem a indispensável associação de indivíduos em um dado território, ainda que pequeno seja o número de pessoas que façam parte dele (MAZZUOLI, 2013, p.463). Segundo David Harris (2010, p. 92), “*Population and territory. There is no lower limit to the size of a state’s population and territory. Nauru, for example, has only 9,000 inhabitants and is only eight squares miles in area*”¹.

O segundo critério trazido pela convenção é o território definido. Como foi apresentado, existe uma extensa relação entre os dois primeiros critérios adotados, sendo portanto, necessário que exista uma comunidade politicamente estável, que esteja no controle de uma certa área determinada. Entretanto, experiências passa-

1 Tradução Livre: População e Território. Não existe um requisito mínimo para limitar o tamanho populacional ou territorial. Nauru, por exemplo, possui somente 9 mil habitantes, oito quadras de milha em relação a sua área.

das envolvendo tal questão deixaram claro que não é impreterível a existência de fronteiras completamente definidas, a relevância indispensável deposita-se na comunidade politicamente organizada. Existem exemplos evidentes, como o caso da Albânia em 1913 reconhecida por inúmeros Estados, mesmo sem rígidas definições fronteiriças, além de Israel, país membro da ONU, ainda que possuía inúmeras disputas relacionadas às suas fronteiras ao tempo que foi aceita na organização (BROWNLIE, 2008, p.71).

Como se sabe é justamente no território que o Estado se impõe para exercer exclusivamente a sua soberania, sendo esta última sob dupla perspectiva: *Imperium*, ao exercer jurisdição sobre aqueles que nele se encontram. Ou ainda ao se fazer valer o *Dominium*, ao se reger exclusivamente segundo sua vontade. A visão do Direito Internacional define o direito atribuído ao Estado de excluir que outros entes exerçam ali qualquer tipo de poder (*jus excludendi alios*), além de atribuir amplo direito de uso e disposição, do espaço físico submetido à sua soberania (*jus utendi, fruendi atque abutendi*) (MAZZUOLI, 2013, p. 465-466).

Em se tratando dos dois últimos critérios é possível se instaurar uma análise mútua e conexa. Sabe-se que, em vias sumárias, até então pode-se compreender o Estado como comunidade politicamente estável, submetida a dada ordem legal, em uma certa área. A existência de um governo efetivo, pautado por uma administração centralizada e órgãos legislativos é, sem dúvidas, o caminho mais plausível para se constatar uma comunidade politicamente organizada. Entretanto, a existência de tal comunidade em certos casos não se mostra necessária ou até mesmo suficiente para se atestar a existência de um Estado. Pode-se tomar como exemplo o caso da Polônia em 1919, e do Burundi e Ruanda, na 17ª Reunião da Assembleia-Geral aceitos na ONU, sem possuir um governo perfeitamente organizado. O consagrado princípio da autodeterminação dos povos é responsável por suprir a lacuna deixada pela falta de organização governamental (BROWNLIE, 2008, p. 71).

O governo de um Estado pode ser definido como aquele que possui a capacidade de decidir definitivamente dentro do território estatal, sem que seja admitida a ingerência de nenhuma outra autoridade exterior, além de conduzir a política externa sem que

seja feita intromissão por estados terceiros. Pode-se ainda atribuir ao governo efetivo dupla função: Administrar o país internamente ao exercer a soberania interna, como primeiro caminho. Já na segunda função o governo ficaria responsável por participar das relações internacionais do Estado, e conduzir as políticas externas, se relacionando então com a soberania externa, sendo esta última considerada por muitos juristas o atestado da independência (MAZZUOLI, 2014, p. 469).

Ao se interpretar a Convenção de Montevideu, se percebe que o conceito de independência, está representado pela capacidade de se relacionar com outros Estados, sendo este o último dos quatro requisitos, trazidos pelo documento em foco. Muitos juristas na realidade, atribuem à independência o título de critério decisivo definidor de um Estado e sua soberania (BROWNLIE, 2008, p. 71).

É evidente a relação conceitual entre governo autônomo e independente e a ideia do Estado soberano, sendo este último aquele que, não reconhece nenhum poder superior capacitado para definir o exercício das competências internas, tendo como única exceção **o desenvolvimento de uma ordem internacional gestora de interesses** comuns, almejados por diversas nações do planeta. A soberania mesmo que conexa, não se confunde com o governo, esta máxima é de imensa relevância. A Carta das Nações Unidas de 1945 no seu artigo 2º, parágrafo 1º, positiva dentro dos textos de Direito Internacional Público a soberania, tendo em seu corpo uma disposição que se baseia no “ princípio da igualdade soberana de todos os seus membros” (MAZZUOLI, 2013, p. 469-470).

Após o indispensável esgotamento das noções teóricas acerca dos requisitos condicionadores da existência e reconhecimento de um Estado, finalmente deve-se focar em compreender como o Estado se encaixa nos sujeitos de Direito Internacional Público. Os Estados são definidos como sujeitos clássicos do Direito Internacional Público, sendo ainda os mais importantes dentro do cenário das relações internacionais, ainda hoje possuidores de uma posição indiscutivelmente dominante quanto ao grau de importância para a matéria. Tamanha relevância encontra sua fundamentação no fato de que o mundo se organiza com base na coexistência entre Estados, logo, se verifica a primazia dos Estados como sujeitos do direito das gentes (MAZZUOLI, 2013, p. 433-434).

2.2. As organizações internacionais e os indivíduos

Atualmente já se pode afirmar com certeza que os Estados não são os únicos sujeitos da disciplina. Após o início do século XX, os Estados passaram a dividir tal denominação com os chamados “Novos Sujeitos”, sendo estes as Organizações Internacionais Intergovernamentais e os Indivíduos (MAZZUOLI, 2013, p.434). Deve-se limitar o objeto de estudo à conceituação específica das coletividades interestatais e dos indivíduos, sendo estes de grande relevância para as intenções do presente artigo.

Segundo Ian Brownlie (2008, p.74-75), *“independent states may enter into forms of co-operation by consent and on an equal basis. The basis for the co-operation may be the constitution of an international organization, such as United Nations or the World Health Organization”*². Tendo em vista tal definição **pode-se** classificar as coletividades interestatais como entidades criadas por Estados para determinados fins, sendo estas denominadas **Organizações Internacionais**. Tais institutos são estipulados e estabelecidos sob tratado internacional, que pelo fato de terem sido elaborados por diversos Estados, passam a ter um valor maior até mesmo que as próprias Constituições dos Estados, sob a ótica individualizada. As Organizações Internacionais **não extrapolam sua caracterização eminentemente jurídica, por tanto diferente dos Estados, não podem** sobreviver sem estar condicionadas à existência de uma Constituição. O Estado para existir e ser reconhecido, se relaciona única e exclusivamente ao aglomerado humano em certa base territorial sob determinada forma de regramento (MAZZUOLI, 2013, p. 435).

Para um recorte objetivo do tema proposto, deve se atentar a figura da ONU na sociedade internacional, sendo esta Organização Internacional em específico de extrema relevância para se compreender a questão atual da crise Síria. A ONU traz na sua própria Carta constitutiva a identificação como associação de Estados reunidos com propósitos declarados, tendo como exemplo de tais finalidades manter a paz e a segurança pública, desen-

2 Tradução Livre: Estados independentes podem entrar em formas de cooperação, se baseando no consenso e igualdade. A base para a cooperação é a constituição de uma organização internacional, como a ONU e OMS

volver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, entre outros direcionamentos voltados para o mesmo caminho, exaltando o bem-estar do plano internacional. A lei básica da ONU é a Carta das Nações Unidas assinada em 1945, hoje reúne quase a totalidade dos estados existentes, estes considerados “amantes da paz”, que aceitam as obrigações contidas na Carta (ACCIOLY,2012, p. 438).

Por fim, a importância do indivíduo no Direito Internacional deve ser alvo de caracterização. Percebe-se como marco de grande relevância para o estudo dos direitos do homem, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Deve-se notar que até o século XX a proteção destes direitos estava definida e regulada em instrumentos legais de natureza interna. A chegada do deste século, permitiu a passagem para o chamado, regime internacional de proteção dos direitos fundamentais, sendo ainda possível a evolução do mesmo, ao se estimular a proteção à vida humana (ACCIOLY,2012, p. 491-492).

2.3. Os princípios da soberania e não intervenção

A Carta das Nações Unidas de 1945, trouxe no seu segundo artigo um rol de **princípios fundamentais que devem** ser aderidos por seus membros, como: *Self-Determination of peoples; Peaceful settlements of disputes; Prohibition of threat or use of force*³. Entretanto, como pode-se perceber este rol de princípios é extremamente limitado. A pressão realizada por comunidades internacionais então esquecidas, estas em busca de representatividade, é responsável, além de uma série de fatores sociais e políticas, pela criação da Declaração das Nações Unidas sobre relações amigáveis de 1970, esta não vinculante, porém baseada no consenso. Dentre os 7 princípios trazidos pela Declaração, se destacam para o estudo do caso na Síria: “*The sovereign equality of States*” e “*The prohibition of intervention in other States’ affairs*”⁴ (CASSESE, 2005, p 46-47).

3 Tradução Livre: Autodeterminação dos povos; Resolução pacífica de disputas; Proibição à ameaça e ao uso da força

4 Tradução Livre: Igualdade soberana dos Estados e Proibição à intervenção nos negócios de outros Estados

Quanto à soberania, podem ser feitas 6 indicações relevantes relacionadas às suas características. Primeiro, a soberania como visto, pode ser determinada como o poder de exercer autoridade em relação aos indivíduos que vivem em seu território, ou seja, exercício da jurisdição. Em seguida, a conexão entre soberania e o poder de utilizar e dispor livremente sobre o território sob jurisdição estatal e realizar todas as atividades necessárias ou benéficas para a população do Estado. Em terceiro lugar a soberania, diretamente ligada ao direito estatal de nenhum outro Estado se intrometer no território sob jurisdição estatal. A próxima indicação se refere ao direito de imunidade quanto à jurisdição de cortes estrangeiras, em relação a ações praticadas pelo Estado dentro de sua capacidade de soberania, além da imunidade para as medidas de execução tomadas contra o uso planejado de bens públicos ou bens para o desempenho de funções públicas (CASSESE, 2005, p. 48-52).

As duas **últimas** indicações se referem ao direito de imunidade dos representantes estatais, quanto à sua capacidade oficial e ao direito de respeito à vida, bens dos nacionais e dos representantes oficiais fora de seu território (CASSESE, 2005, p.52). A extensão do conceito soberania, pode ser percebida diante destas características então apresentadas, que se mostram como imprescindíveis para o bem-estar mundial e a igualdade entre os Estados, neste caso norteadas pelo respeito mútuo.

O princípio da não intervenção nos negócios internos e externos de outros Estados por sua vez é utilizado para garantir que cada Estado respeite as prerrogativas fundamentais dos demais membros da comunidade internacional. Desde o tempo do Direito Internacional clássico, este princípio vem sendo legitimado junto com certas regras específicas, ligadas inclusive aos costumes. Percebe-se como regra a impossibilidade de um Estado decidir qual órgão de outro Estado é competente para realizar determinado ato, logo, proibição direcionada a invasão nas questões de um Estado. É ainda proibido pressionar qualquer órgão que seja (legislativo, executivo ou judiciário) de um Estado, também sendo reprovada a intervenção na relação entre os nacionais e as autoridades governamentais. Analisa-se por fim como uma destas regras costumeiras de extrema importância, a que define o dever de se privar no

seu território a instigar, organizar ou apoiar oficialmente qualquer tipo de atividade prejudicial para um outro Estado (CASSESE, 2005, p. 54).

Sabe-se que em muitos episódios da história recente tais princípios foram esquecidos ou até mesmo modulados para se adequar aos interesses das grandes potências mundiais, tendo como exemplo as duas grandes guerras mundiais que modificaram o cenário internacional de forma expressiva. O princípio da não intervenção ainda traz consigo uma relevante observação que será de extrema importância para se interpretar a questão da Síria: “*Another customary rule has a more specific purport, in that it deals only with civil strife: it stipulates that whenever a civil war breaks out in a foreign country, States are duty-bound to refrain from assisting insurgents, unless they qualify for the status of national liberation movements*”⁵ (CASSESE, 2005, p. 54).

Partindo deste ponto se percebe o quanto os conceitos de Estado, soberania e não intervenção são importantes para a comunidade internacional, porém, ainda assim tais princípios e definições não são absolutos. Dessa forma, diante de certas hipóteses específicas eles podem ser relativizados em prol do bem maior sendo este o bem-estar, a paz e o equilíbrio em uma perspectiva interna e externa.

3. A INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA

Foram trabalhados os pressupostos necessários para se compreender o Estado como um sujeito além de seus direitos e deveres para com a comunidade internacional, ainda consagrados sob o viés principiológico, também visto como fonte de Direito Internacional segundo o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Entretanto se faz necessário entender o instrumento da Intervenção Humanitária e de que forma os Estados anteriormente delimitados, figuram como atores deste mecanismo de jurisdição internacional.

5 Tradução Livre: Outra regra costumeira possui um propósito mais específico, se direciona somente ao conflito civil: Determina que quando uma guerra civil eclodir em outro país, Estados têm o dever de evitar dar assistência a insurgentes, a menos que eles se enquadrem no status de movimento nacional libertário.

A Intervenção Humanitária é um dos temas mais nebulosos e incertos no ramo do Direito Internacional. A primeira problemática se constitui na grande dificuldade de se enquadrar o que de fato se configura como Intervenção Humanitária. A questão do uso da força se mostra presente neste ponto, já que algumas ações cuja força não é utilizada, acabam por serem erroneamente classificadas como Intervenção Humanitária, no seu sentido doutrinário, já que o quesito força classicamente vem sendo imputado a tal mecanismo. Portanto deve ser feita a devida distinção entre as Assistências Humanitárias e as Intervenções Humanitárias (LOWE; TZANAKOPOULOS, 2011, p. 2).

Enquanto a Assistência Humanitária, não é pautada pelo uso da força, como visto em hipóteses ligadas ao auxílio médico e alimentício, a Intervenção Humanitária pode ser classificada de forma bem ampla como “ *a threat or use of armed force against another State that is motivated by humanitarian considerations*”⁶. Este conceito por sua vez é extremamente raso e não se baseia em justificações legais, dessa forma se faz indispensável, adentrar o mais fundo possível nesta conceituação (LOWE; TZANAKOPOULOS, 2011, p. 2).

Segundo Ian Brownlie (2008, p. 742-744), pode-se dividir tal conceituação em dois modelos. A primeira fase no século XIX e a segunda na era após 1919.

*By the end of the nineteenth century the majority of publicists admitted that a right of humanitarian intervention (l'intervention d'humanité) existed. A state which had abused its sovereignty by brutal and excessively cruel treatment of those within its power, whether nationals or not was regarded as having made itself liable to action by any state which was prepared to intervene. The action was thus in the nature of police measure, and no change of sovereignty could result*⁷ (BROWNLIE, 2008, p. 742).

6 Tradução Livre: Ameaça ou uso da força armada contra outro estado motivada por considerações humanitárias

7 Tradução Livre: Ao final do século XIX a maioria dos publicitários admitiam que o direito à Intervenção Humanitária existia. Um estado que tenha abusado de sua soberania, tratando brutalmente e cruelmente aqueles sob seu poder, sendo estes nacionais ou não, se tornou passível de intervenção por qualquer estado que esteja preparado para tal ato. Esta ação seria uma medida policial, e não resultaria em mudanças na soberania.

A doutrina à época se mostrava extremamente vaga, interpretando tal mecanismo sob várias **ópticas**, porém, após uma breve análise histórica, se percebe que durante o século XIX, tal instrumento era nada mais que um pretexto para ações imperialistas das grandes potências, como por exemplo a invasão de Cuba realizada pelos EUA em 1898. Entretanto, o modelo pós 1919, ainda assim é objeto de inúmeros questionamentos. Durante os anos 90, a intervenção mais expressiva foi realizada pela OTAN, que durante 78 dias, tendo início em 24 de março de 1999, bombardeou a Iugoslávia, sob o pretexto de motivações humanitárias. Entretanto, percebe-se que a real motivação, era uma disputa política envolvendo a Iugoslávia, Kosovo, e membros da ONU, que se consolidou em outubro de 1998 (BROWNLIE, 2008, p. 742-743).

Percebe-se então, que a Intervenção Humanitária historicamente, de forma majoritária esteve ligada aos interesses políticos e imperialistas de Estados vistos como potências mundiais. Ainda que tenha sido mostrado como a intervenção se consagrou na comunidade mundial, deve-se atentar, à colocação feita por Vaughan Lowe e Antonios Tzanakopoulos (2011, p.2):

Humanitarian intervention in this narrower sense can be defined as the use of force to protect people in another State from gross and systematic human rights violations committed against them, or more generally to avert a humanitarian catastrophe, when the target State is unwilling or unable to act. This is still a broad definition, which could be applied to almost any instance of use of military force that has been claimed to have a humanitarian objective or to have been based on humanitarian considerations. The term is not one of art, however: it does not appear in any international treaties; and it cannot be said that its boundaries are yet clearly delineated.⁸

É evidente que as fronteiras e o conceito exato da Intervenção Humanitária, não estão completamente consolidados na doutrina

8 Tradução Livre: A Intervenção Humanitária em seu sentido mais estrito pode ser definida como o uso da força para proteger pessoas em um outro estado de amplas violações aos direitos humanos, ou ainda de forma genérica evitar uma catástrofe humanitária, quando o estado alvo estiver relutante ou não puder agir. Esta ainda é uma definição ampla, que poderia ser aplicada em qualquer instancia do uso de força militar, que tenha sido considerada como objetivo humanitário ou considerações humanitárias. Este termo não aparece em nenhum tratado internacional, e não se pode dizer que suas fronteiras estão claramente definidas.

internacional, logo para que finalmente determinados sejam, deve ser feita uma interpretação à luz dos princípios norteadores da comunidade internacional, além das determinações estipuladas pela Carta das Nações Unidas. O grande objetivo é, portanto, se compreender como tal mecanismo se encaixa nas diretrizes internacionais da modernidade.

3.1. A Carta das Nações Unidas x intervenção humanitária

O sistema de segurança coletiva da ONU mudou completamente o cenário cujo pretexto poderia ensejar a Intervenção Humanitária. Sabe-se que segundo o capítulo VII da Carta das Nações Unidas, a ONU tem poder de intervir, ainda que a causa seja humanitária em qualquer dos seus países membros. Tal intervenção ligada diretamente ao Conselho de Segurança da ONU, é limitada pelo artigo 39, que traz em seu texto a seguinte afirmação: *“The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security”*⁹ (LOWE; TZANAKOPOULOS, 2011, p.3).

Em meados dos anos 90, a ONU ao interpretar o artigo 39 determinou que questões internas amplamente violadoras de direitos humanos, ou crises humanitárias poderiam se configurar como ameaça à paz, nos termos do dado texto normativo. Tal visão pode ser justificada por crises de refugiados ou até mesmo distúrbios regionais em geral. A principal fonte de compreensão da legalidade da Intervenção Humanitária, são os princípios gerais previstos na Carta das Nações Unidas, e a Declaração de relações amigáveis de 1970, como os da soberania e não intervenção anteriormente trabalhados (LOWE; TZANAKOPOULOS, p.3, 2011).

Além dos princípios já expostos, neste ponto é importante atentar para o princípio da proibição da ameaça ou uso da força. Como pode-se determinar, a utilização da força, mesmo possuindo

9 Tradução Livre: O Conselho de Segurança da ONU deve determinar a existência de qualquer ameaça à paz, violação à paz, ou ato de agressão e deve fazer recomendações, ou decidir que medidas devem ser tomadas, em concordância com os artigos 41 e 42, para manter ou restaurar a paz e a segurança.

pretextos humanitários a princípio fere o artigo 2º da Carta das Nações Unidas em seu quarto inciso: *“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”*¹⁰. É importante a fundamentação necessária para que o uso da força não contrarie o disposto no dado artigo, sendo ainda possível se enquadrar em uma das exceções, que autorizam o uso da força, como a autorização expressa do Conselho de Segurança da ONU, sob os termos do capítulo VII da Carta. Mesmo que pouco consistente, ainda se pode justificar, a força à luz dos costumes internacionais, porém, na contemporaneidade tal viés é vagamente respeitado (LOWE; TZANAKOPOULOS, 2011, p. 3-4).

Muito se argumentou que a intervenção direcionada para proteger as vidas de pessoas, localizadas em um determinado Estado e não necessariamente nacionais do Estado interventor, seria permitida em determinadas hipóteses. Esse caminho, foi defendido no período anterior à Carta das Nações Unidas, e foi o caso do século XIX, anteriormente trabalhado. Entretanto o artigo 2º da Carta, trouxe consigo, uma gama de dificuldades para se justificar a Intervenção Humanitária (SHAW, 2008, p. 1155).

O polêmico artigo 2º da Carta das Nações Unidas foi alvo de inúmeras interpretações para se justificar a Intervenção Humanitária, porém deve-se compreendê-lo da forma mais estrita possível, sob a ótica da legalidade, tendo como intuito manter a segurança e a paz mundial. Dessa forma, o melhor caminho é independente do seu viés humanitário atentar para as tradicionais causas de exceção para o uso da força amplamente aceitas e respeitadas, sendo a **autorização proferida pelo Conselho de Segurança da ONU**, de grande relevância para o tema evidenciado, existido ainda a legítima defesa (LOWE; TZANAKOPOULOS, 2011, p.4-5).

A Intervenção Humanitária autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU, tem como objetivo manter ou restaurar a ordem, paz e segurança, ao se fazer valer de forças militares, legitimadas

10 Tradução Livre: Todos os membros em suas relações devem evitar a ameaça ou uso da força, contra a integridade territorial ou independência política de nenhum estado, ou de qualquer outra forma que contrariem as propostas da ONU.

pelo capítulo VII da Carta das Nações Unidas, sob circunstâncias humanitárias. Como se sabe durante a década de 90 a interpretação, sobre a **definição de ameaça à paz, se estendeu** a violações aos direitos humanos ou conflitos armados localizados em um único Estado. Além das possíveis crises humanitárias colaterais como a questão dos refugiados, tal interpretação feita pelo Conselho de Segurança da ONU, se relaciona com a maior importância dada aos direitos humanos, que gradualmente vem se consolidando ao longo dos séculos. Por conta disso o Conselho de Segurança da ONU pode autorizar Estados a tomarem medidas drásticas (Como a utilização da ameaça e força), para extinguirem as violações aos direitos humanos e as crises humanitárias (LOWE; TZANAKOPOULOS, 2011, p. 4-6).

Percebe-se que a Intervenção Humanitária, pode ser considerada legítima ao se atentar a Carta das Nações Unidas, e ao Conselho de Segurança da ONU. Entretanto, sabe-se que ao longo dos anos a face unilateral desta intervenção se mostrou presente, onde a decisão de intervir se baseia única e exclusivamente na autoridade de um Estado sem que haja autorização da comunidade internacional. Os EUA e a Síria, vêm protagonizando um episódio relacionado a este instrumento desde meados de 2013, portanto para que a devida ilustração fática da Intervenção Humanitária Unilateral seja feita, analisando sua legitimidade, o cenário envolvendo tais países precisa ser delimitado e destrinchado.

4. UMA VISÃO GEOPOLÍTICA DA SÍRIA

A Síria, ao longo dos anos, se transformou em um palco, cuja violência, desespero e violações aos direitos humanos se tornaram os principais atores. Tal crise, ensejou na comunidade internacional uma ampla discussão sobre a possibilidade de se intervir humanitariamente no território Sírio, tendo como intuito cessar as inúmeras agressões aos direitos humanos, entretanto para que se possa analisar a legitimidade de uma Intervenção Humanitária, deve ser feita a devida exposição dos fatos que norteiam a atual conflagração.

A fagulha que hoje pode ser percebida como responsável pela atual guerra, se deu em março de 2011, na cidade de Deraa. Protestos deflagrados após a prisão e tortura de um jovem, que pin-

tou slogans revolucionários ligados à Primavera **Árabe** no muro de uma escola, foram violentamente reprimidos pelas forças de segurança resultando na morte de inúmeros manifestantes. Tal atitude por parte do estado motivou ainda mais manifestações em escala nacional, pedindo a saída do então presidente Bashar al-Assad, entretanto o governo ao insistir na utilização da força militar potencializou a revolta nacional, gerando grande dissidência (BBC, 2015).

A partir de então a crise cresceu exponencialmente. Membros da oposição começaram a pegar em armas, a princípio invocando a legítima defesa, esta sendo deixada de lado ao se sobressair a motivação ligada à expulsão das autoridades estatais nas regiões. A guerra civil então se consolidou, as brigadas rebeldes iniciaram suas batalhas com as tropas governamentais com o intuito de controlar as cidades, sendo que em 2012 a violência alcançou a capital Damasco, e a grande metrópole, Aleppo. A ONU afirmou que o conflito em 2015 foi responsável pela morte de 250 mil pessoas, número extremamente alarmante (BBC, 2015).

É sabido que atualmente a batalha vai além dos grupos contrários ou opositores ao Assad. A conflagração tomou proporções sectárias, onde a maioria sunita enfrenta os xiitas que apoiam o presidente, além das intervenções feitas por países vizinhos e poderes globais, estas que serão analisadas individualmente. Por fim o crescimento de grupos jihadistas como o notório Estado Islâmico, colocaram a inicial guerra civil, em um patamar jamais imaginado (BBC, 2015).

Em março de 2011, a ONU investigou supostas violações do direito humanitário internacional, sendo encontradas inúmeras evidências de que crimes de guerras foram amplamente cometidos por ambos os lados do conflito. Já em 2014 o Conselho de Segurança da ONU, por meio de uma resolução exigiu o fim do uso de armas em ares habitadas por civis. Entretanto sabe-se que a própria ONU afirma que os civis foram deliberadamente eleitos como alvos de guerra, portanto os crimes foram constituídos, além da devastadora campanha de terror implantada pelo “EI” nas regiões norte e leste da **Síria (BBC, 2015)**.

Outra questão relevante para compressão da questão são as armas químicas. Os sírios eram possuidores dos maiores arsenais de armas químicas do mundo. Mesmo após a afirmação feita pelo governo Sírio de que tais armas jamais seriam utilizadas dentro do território sírio, foguetes carregados com gás sarin foram disparados em diversas regiões da síria, causando diversas mortes. Grandes potências mundiais como EUA e Rússia, imputaram o acontecimento de tais atrocidades ao governo sírio, este direcionando a responsabilidade aos rebeldes. As duas potências mundiais supracitadas concordaram em 2013, destruir tais armas químicas, entretanto diante da ameaça de uma intervenção militar o governo sírio optou por eliminar o dado arsenal. Porém sabe-se que ainda em 2014 ataques ligados ao tal tipo de armamento foram realizados, contra rebeldes (BBC, 2015).

Ficou claro que nenhuma das partes do conflito teria a capacidade de se impor de forma definitiva, logo para a ONU a única saída seria a negociação. Ainda assim, inúmeras tentativas de cessar-fogo fracassaram. Em 2013 russos e americanos, iniciaram uma conferência para implementar um acordo internacional apoiado pela ONU, que tinha como intuito estabelecer um governo de transição de unidade nacional. Em 2014 o diálogo teve início, sendo interrompido após duas rodadas. Atribui-se a culpa pelo fracasso ao governo Sírio, este tendo se negado a discutir as demandas da oposição ao focar todas as suas forças no combate aos, então intitulados pelo próprio Estado sírio “Terroristas”, estes os opositores. Posteriormente os próprios rebeldes, discordaram de certas medidas voltadas à trégua, pois temiam que o governo utilizasse este mecanismo para reposicionar suas tropas (BBC, 2015).

Dessa forma, pode-se perceber que um levante da Primavera **Árabe**, contra o ditador Assad, se transformou em uma guerra pautada pela brutalidade, envolvendo até mesmo potências mundiais. Por fim deve-se definir e localizar as peças deste tabuleiro. A oposição ao governo, esta composta em sua maioria por sunitas, recebe apoio de países como Turquia, Arábia Saudita, Catar e outros Estados árabes, além de França, Reino Unido e finalmente os EUA. Por outro lado, sustentam o governo de Assad, Irã e Rússia. A entrada de grupos jihadistas ligados à Al-Qaeda e da milícia islâmica do Líbano conhecida como Hezbollah, estimula ainda mais o viés religioso do embate (BBC, 2015).

Outro personagem importante é o Estado Islâmico. Paralelamente ao crescimento da rebelião armada, religiosos moderados foram dominados por islamistas e jihadistas, estes marcados por métodos brutais, que preocupam cada vez mais os rebeldes. Estimulando o caos na região o “EI” tomou o controle de áreas no norte e leste da Síria. Os combatentes de tal grupo, estão envolvidos em combates contra os rebeldes, contra os jihadistas da Al-Qaeda ligados a Frente Nusra, que discordam das táticas do “EI”, e por fim contra as forças governamentais. Os EUA em setembro de 2014, liderou uma coalizão que realizou uma série de ataques aéreos, com o intuito de enfraquecer e destruir o “EI” (BBC, 2015).

4.1. USA vs. Síria: a intervenção humanitária unilateral

Em 2013, o então presidente dos EUA, Barack Obama, fez o devido requerimento ao senado americano, tendo como intuito aprovar a utilização das forças militares americanas no território sírio, pedido cuja motivação estaria diretamente ligada à suposta utilização de armas químicas por parte do governo sírio, cometendo crimes de guerra e violando o direito humanitário. O comitê americano de relações internacionais possuía em sua resolução inicial, um período limite de até 60 dias sendo possível se estender por mais 30 dias a intervenção caso aprovado fosse pelo senado americano. O senado americano não hesitou em autorizar a proposta intervenção, trazendo à tona a questão controversa da Intervenção Humanitária Unilateral, principalmente ao se questionar se tal instrumento não havia se consolidado ao longo do tempo como uma norma pautada em um costume internacional, legitimando o uso da força e ameaça (GABISA, 2013, p.1).

Fica evidente o delicado cenário onde a utilização unilateral e sem prévia autorização da força por parte dos EUA, diminui o já inconsistente papel da ONU e seu conselho de segurança (GABISA, 2013, p.1). Na Intervenção Humanitária Unilateral, um ou mais Estados decidem intervir em um terceiro Estado, agindo por conta própria ou se fazendo valer de uma organização que não a ONU, portanto o uso da força não seria autorizado pelo Conselho de Segurança da ONU, este que segundo a Carta das Nações Unidas tem o poder para tal medida decisório e permissiva, dentro

portanto, da exceção já vista anteriormente. Sem dúvidas o maior foco da discussão sobre o uso da força e a legalidade da Intervenção Humanitária repousa sob seu viés unilateral (LOWE; TZANAKOPOULOS, 2011, p. 4-7).

Como foi visto, a Carta das Nações Unidas é o ponto de partida para se analisar a legalidade do uso de força militar entre Estados, tendo proibido em regra o uso da ameaça ou força militar, estabelecido no artigo 2º. Existem duas hipóteses legítimas de exceção, em primeiro lugar o direito à legítima defesa, regulado pelo artigo 51, da Carta. Este viés sem dúvidas **não** pode ser aplicado ao caso dos EUA, já que não é possível se traçar conexão entre o direito à legítima defesa e a utilização de armas químicas na **Síria**. **Seria** necessária, eminente, imediata ou opressora ameaça aos EUA por parte do governo de Assad, logo de antemão já se pode descartar essa possibilidade de legitimação (GABISA, 2013, p. 1).

A segunda exceção, como pode-se perceber, se relaciona com o uso da força autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU, sem vetos, ligados aos membros permanentes, tendo como intuito proteger a paz e a segurança mundial. Nenhuma das duas exceções pode ser relacionada ao caso proposto para legitimar o uso da força por meio de uma Intervenção Humanitária. Estando, então diante do polêmico questionamento: Pode um estado interessado intervir militarmente, com o objetivo de cessar crimes brutais, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou qualquer outra atrocidade sem a autorização do Conselho de Segurança da ONU? Esta pergunta ronda a comunidade internacional a **décadas (GABISA, 2013, p. 1-2)**.

4.2. A legitimidade da intervenção humanitária unilateral

Tendo em vista a dificuldade de encaixar a Intervenção Humanitária, diante da omissão por parte do Conselho de segurança da ONU, inúmeras opiniões e argumentos se direcionam para o ponto que talvez essa seja uma nova exceção para o uso da força ou um costume internacional (LOWE; TZANAKOPOULOS, 2011, p. 8).

O posicionamento majoritário sobre a legalidade da Intervenção Humanitária Unilateral, deixa claro que esta espécie de ação não possuiu nenhum tipo de suporte legal. Logo a proibição do uso da força deve ser analisada restritivamente permitindo somente as exceções anteriormente apresentadas, além de que se sobressai o argumento cujo artigo 2º substituiu todos as normas costumeiras do Direito Internacional, portanto, a Intervenção Humanitária não deve ser legitimada por este viés. Tal posicionamento encontra sustentação na Assembleia Geral da ONU, além da Declaração sobre princípios de amizade e cooperação de 1970, e dos posicionamentos da Corte Internacional de Justiça (VALEK, 2005, p. 1228-1229).

Ainda que não majoritários existem outros caminhos de argumentação que merecem a devida atenção. Grandes personalidades envolvendo secretários de justiça, e ministros de relações exteriores chegam a defender que a Intervenção Humanitária Unilateral é ilegal, porém legítima, dada a circunstância humanitária catastrófica. Esse posicionamento defende que em certas situações a comunidade internacional deve agir fora das leis positivadas, se exaltando a moralidade e a justiça. Entretanto esta forma de argumentação se baseia em uma realidade política e filosófica, e não em Direito Internacional. Se as exceções funcionassem dessa forma, nunca seria possível defender a existência de regras normativas internacionais (VALEK, 2005, p. 1229-1230).

Um terceiro posicionamento, apoia a legalidade da intervenção unilateral, ao se defender a existência em paralelo da Carta das Nações Unidas e de certos costumes anteriores à 1945, se fundando inclusive em posicionamentos da CIJ, que já chegou a defender que a Carta não engloba todas as hipóteses ligadas ao uso da força. Entretanto tal forma de argumentação se mostra claramente inconsistente, ao se levar em conta a legitimidade reconhecida atualmente do artigo 2º da Carta (VALEK, 2005, p.1230).

O **último** posicionamento de grande relevância, se refere também aos costumes internacionais, porém nesta ocasião não os antigos e sim os costumes emergentes. Em tese a Carta poderia ser modificada por uma regra ligada aos costumes de Direito Internacional (VALEK, 2005, p, 1230). Tal modificação deveria ser acom-

panhada de dois elementos, sendo o primeiro material e o segundo psicológico, também conhecidos como “*state practice*” e “*opinio juris*”. Ao preencher tais requisitos uma regra atribuindo direitos ou até obrigações envolvendo a Intervenção Humanitária Unilateral poderiam se estabelecer” (WALLACE *apud* VALEK, 2005, p. 1130).

Na história recente do século XX, é extremamente difícil se identificar uma disputa envolvendo Intervenção Humanitária Unilateral que possua motivações puramente humanitárias após a intervenção em 1999 em Kosovo ficou ainda mais difícil sustentar tal mecanismo. Existem inúmeros outros episódios, em que objetivos diversos foram encobertos pela característica então humanitária, como a intervenção indiana ao leste do Paquistão em 1971, a intervenção vietnamita no Camboja em 1978, além da invasão ao Iraque em 2003 que não possui claras justificativas humanitárias e, portanto, **não preenchem os requisitos legítimos para tal ato. Além do mais**, o caráter psicológico (*opinio juris*), é ainda mais difícil de ser provado, já que após a intervenção em Kosovo, os próprios membros da OTAN deixaram claro que esta prática, não é uma exceção que deva ser repetida no futuro (VALEK, 2005, p 1230-1231).

5. CONCLUSÃO

A integridade do Estado, como visto, se associa às noções de independência e soberania, entretanto à luz dos tratados e convenções internacionais, não se pode analisar um Estado individualmente, peca aquele que analisa tal sujeito do Direito Internacional **Público** sem compreender o cenário da conjuntura social, política e ideológica da comunidade internacional.

Dentro do viés coletivo do Direito Internacional, foi necessário compreender, de que forma a soberania tão consagrada de um Estado, se relativiza em detrimento, do bem-estar coletivo, exaltando, dessa maneira a vida humana. A proposta em questão se refere à Intervenção Humanitária, um tema em qualquer de suas faces, polêmico e por vezes questionável.

Como pôde-se perceber, ambas as espécies de Intervenção Humanitária, são temas amplamente debatidos, na medida em que se põe em foco hipóteses onde a integridade soberana de um estado

é violada, ao se verificar, evidentes atrocidades ligadas aos direitos humanos. Dada intervenção, ainda que discutida, quando se fundamenta nas diretrizes legais apresentadas pela Carta das Nações Unidas, encontra legitimidade consolidada, porém quando o foco é direcionado à Intervenção Humanitária sob o viés unilateral, as discussões são ainda mais profundas.

Ficou evidente que é injustificável se aceitar a Intervenção Humanitária Unilateral, ao se tratar da legalidade estrita, diante da interpretação da Carta das Nações Unidas. Ainda que, este ponto claro esteja, ao longo da história, esta prática ocorreu reiteradas vezes, e trouxe consigo, as mais variadas interpretações, em busca da legitimação. Além da questão legal, enfrenta-se o problema do jogo político de interesses que muitas vezes é mascarado por um suposto ato humanitário. Logo, de difícil acesso é, o ambiente em que dentro da legalidade, a Intervenção Humanitária Unilateral praticada pelo EUA na Síria pode ser considerada legítima.

Entretanto, o Conselho de Segurança da ONU, é responsável por assegurar a paz e a segurança internacional, sendo por muitas vezes omissivo e ineficaz. Diante de tal perspectiva, na modernidade, países interventores, proclamam a existência de um dever de proteger, ligado às responsabilidades trazidas pela Carta, ou seja, a presente doutrina da Intervenção Humanitária Unilateral, defende que diante das atrocidades, ligadas a casos de extrema necessidade humanitária, existe o direito a uma Intervenção Humanitária Unilateral, sob interpretação extensiva das diretrizes legais.

Claramente a vida humana é o bem maior a ser protegido por todos da comunidade, logo, diante da omissão dos órgãos internacionais responsáveis, é sim possível acreditar na Intervenção Humanitária Unilateral. Entretanto, devem ser condenadas quaisquer hipóteses de intervenção com intuítos políticos e ideológicos, e neste ponto repousa o maior empecilho. Pode-se defender a Intervenção Humanitária, mas sua contaminação com interesses paralelos, acaba por dificultar sua legitimação, logo mesmo ao assegurar o mecanismo da segurança coletiva e a responsabilidade de proteger, a unilateralidade encontra-se no vale da incerteza, cuja legitimação vai continuar sendo objeto de questionamentos nas gerações futuras.

É possível se concluir que, muitos são os argumentos que apoiam o direito a Intervenção Humanitária Unilateral, porém, nos tempos atuais os entendimentos não se encontram completamente amadurecidos. O atual presidente dos EUA Donald Trump, em abril de 2017, foi o pivô de mais uma intervenção militar no território **sírio**, supostamente com intenções humanitárias ligadas à utilização de armas químicas. Cabe a todos os interessados, aguardar o posicionamento final sobre este caso, que sem dúvidas evidenciará como as diretrizes acerca desta questão irão se prostrar ao longo do século XXI.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. N; CASELLA, Paulo B. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. New York: Oxford, 2008.

BBC. **Oito capítulos para entender a crise na Síria, que dura mais de 4 anos**. BBC. Disponível em: www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151012_crise_siria_entenda_rb Acesso em: 18 Maio 2017

CASSESE, Antonio. **International Law**. New York: Oxford, 2005

GABISA, Henok. **Unilateral Humanitarian Intervention in Syria and the Law of Use of Force: The US or the UN?**. AIF. Disponível em: www.ia-forum.org/Content/ViewInternalDocument.cfm?ContentID=8045 Acesso em: 18 Maio 2017

HARRIS, David. **Cases and Materials on International Law**. London: Sweet & Maxwell, 2010.

LOWE, Vaughan; TZANAKOPOULOS, Antonios. **Humanitarian Intervention**. Oxford. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:e-pil/9780199231690/law-9780199231690-e306> Acesso em: 17 Maio 2017

MAZZUOLI, Valério, O. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ONU. **Charter of The United Nations and Statute of International Court of Justice**. São Francisco, 1945. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> Acesso em: 16 Maio 2017

ONU. **Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations**. Genebra, 1970. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm> Acesso em: 16 Maio 2017

SHAW, Malcolm, N. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

VALEK, Petr. **Is Unilateral Humanitarian Intervention Compatible with the U.N Charter?** Michigan Journal of International Law. Disponível em: repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1246&context=mjil Acesso em: 19 Maio 2017

Capítulo VI

A função social da propriedade e a desapropriação para fins urbanísticos

Tatiana Cristina Barreto Zanini

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana
de Direito e Gestão

A função social da propriedade e a desapropriação para fins urbanísticos

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL; 3. DESAPROPRIAÇÃO; 3.1. DESAPROPRIAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 3.2. DESAPROPRIAÇÃO E O ESTATUTO DA CIDADE; 4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS URBANÍSTICOS; 5. CONCLUSÃO.

Resumo: O tema do presente artigo é a função social da propriedade e a desapropriação para fins urbanísticos. O conceito de propriedade sofreu diversas modificações ao longo do tempo, até que foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988 que a propriedade deve atender à uma função social, visando atender ao bem-estar comum e igualdade entre cidadãos. Entretanto, caso a propriedade não atenda a essa dada função, o Estado poderá, sobretudo diante do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, intervir para assim contemplar a função social. Um dos mecanismos utilizados pelo Poder Público é o instituto da desapropriação. O objetivo do presente artigo é demonstrar que os fatores: função social da propriedade e desapropriação

da mesma para fins urbanísticos precisam caminhar unidos no sentido de que, caso a propriedade não atenda à sua função social e o Estado necessite daquela propriedade para melhorar o espaço urbano, esta última deve ser objeto de desapropriação para ser devidamente utilizada pela sociedade.

Palavras-chave: FUNÇÃO SOCIAL; PROPRIEDADE; DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS URBANÍSTICOS.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar a propriedade urbana à luz da função social que desempenha e a efetividade que a Carta Magna traz em seu bojo. Neste sentido, caso a propriedade não atenda à sua função social poderá sofrer intervenção estatal, podendo ocasionar a desapropriação.

Nesse diapasão, primeiramente, cumpre verificar que a propriedade não mais possuindo caráter absoluto, deve então, atender à uma função social prevista na Carta Magna de 1988. Neste sentido, ao mesmo passo que a Constituição garante o seu direito, ela deverá atender à uma função social ou não se justifica. Desta maneira, o Poder Público se valendo principalmente do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, poderá intervir e assim garantir que seja cumprida esta função social.

No capítulo de desapropriação, analisa-se este instituto, que deve ser utilizado como *ultima ratio*, conjuntamente com a Carta Política de 1988. Esta tenta, desde as primeiras Constituições brasileiras, delinear e elencar possíveis aplicações para este ato expropriatório. Considerando que o interesse público deve prevalecer, pois visa o bem da coletividade, a propriedade poderá ser objeto de desapropriação. Cabe também salientar que são trazidas diferentes justificativas para a desapropriação: por utilidade ou necessidade pública ou por interesse social, além dos sujeitos ativos, tanto os legisladores quanto os que efetivamente fazem cumprir o ato desapropriatório.

No segundo tópico de desapropriação, há uma análise conjunta com o Estatuto da Cidade. Este último procura ampliar a abrangência dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, de modo a destacar a importância de harmonizar os espaços habitáveis urbanos. Neste seguimento, coloca a desapropriação como uma das alternativas possíveis para solucionar os obstáculos, visando assim uma melhor convivência urbana.

Por fim, cabe uma análise acerca da propriedade urbana de forma a atender uma função social. Trabalhando principalmente no enfoque urbanístico, de que a propriedade pode sofrer desapropriação pelo Poder Público, no caso de não atendimento daquela função.

2. PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O conceito de propriedade é amplo, mutável e adaptável de acordo com a época, circunstâncias, governos e prioridades. Para filósofos como John Locke, em seu livro: Segundo tratado sobre o governo (1994, p. 42-43), o direito de propriedade deveria ser absoluto e irrestrito, jamais admitindo a desapropriação. No seu entendimento a propriedade seria algo legítimo, pois foi fruto do trabalho do indivíduo e o estado deveria proteger este direito sob todas as formas.

Por outro lado, Jean Jacques Rousseau, em 1754, traz em sua obra Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre homens (2001) que a propriedade era o principal dos males da sociedade. Sendo essa a determinante responsável pela exorbitante desigualdade, posto que, a partir do momento que o homem tem a ideia de cercar um espaço e toma-lo para si, desenvolve na coletividade o sentimento egoístico, gerando diversos conflitos.

À primeira vista, a propriedade é “o mais amplo direito real que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpetua, bem como o de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais”. (DI PIETRO, 2013, p.135).

Neste sentido, o Estado dispõe na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, que elenca o direito à proprie-

dade como sendo um dos direitos e garantias fundamentais, assim, indispensável para uma vida digna em sociedade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

O Constituinte também em seu artigo 170, na Carta Magna de 1988, visa salientar a importância social da propriedade visando assegurar-la como princípio da atividade econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade.

Desta maneira, este direito de propriedade deve ser amplamente protegido dada sua notória importância e fundamentalidade, procurando garantir da melhor forma possível, uma convivência harmônica em sociedade e proteção extensiva aos cidadãos.

Contudo, a Carta Política de 1988 não prevê a propriedade como um direito absoluto e sim como uma função social. Neste viés aduz José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 352) “longe de caracterizar-se como absoluto, traduz um direito relativo e condicionado, de modo que a garantia que se lhe seja assegurada só tem como efetivar-se caso seja implementada a condição sob o influxo da qual o Constituinte instituiu a garantia.”

Assim, o direito de propriedade pode sofrer mitigações do estado, tanto que este está legitimado a intervir através de diversas maneiras principalmente se houver um interesse público em detrimento de um interesse particular. Neste seguimento, percebe-se um dos princípios basilares da administração pública: princípio da supremacia do interesse público.

O princípio anuncia que o interesse público coletivo deve preponderar diante de interesses específicos individuais, concorrendo assim para que os gestores públicos pratiquem atos visando perpetuar o bem comum na sociedade e não interesses limitados e temporários.

Ademais, para Gustavo Binbenbojm (2005, p. 8-10) o princípio da supremacia do interesse público deve ser ponderado visando averiguar que o interesse seja realmente público, se de fato significa coletividade e se o interesse particular é fugaz.

Desse modo, a propriedade traz consigo uma função social a fim de que seja exercida nos limites dos interesses econômicos sociais da coletividade. Essa função social visa condicionar o direito de propriedade pertencente aos cidadãos brasileiros ao bem-estar geral, garantindo benefícios à sociedade, fomento a economia e retorno através da sua atividade produtiva.

Assim, “a propriedade tem uma função social de modo que o seu proprietário a explora e a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, ou ela não se justifica.” (DI PIETRO, 2013, p.134). Essa não justificativa pode gerar consequências, principalmente expropriatórias ao proprietário que não transforma sua propriedade numa utilidade geral.

3. DESAPROPRIAÇÃO

3.1. Desapropriação e a Constituição Federal de 1988

Desde as constituições iniciais, a exemplo da Constituição Brasileira de 1824, na qual trazia em seu artigo 179, inciso XXII, a ideia de que a garantia do direito de propriedade, em toda a sua plenitude, caso exigisse interesse público, seria previamente delimitada uma indenização, sendo a primeira a trilhar linhas iniciais acerca da desapropriação.

Já a Carta Constitucional de 1946, em seu artigo 147, instituiu efetivamente a desapropriação por interesse social, que foi inspirado pelo princípio social da propriedade.

Neste seguimento, surge a Constituição atual de 1988 disciplinando a modalidade de pagamento de indenização em títulos de

dívida ativa, para desapropriação por interesse social, que incida sobre imóveis que não atendem a sua função social. Assim vejamos:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O instituto da desapropriação, como bem salienta José dos Santos Carvalho Filho (2014, p.852) “é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.”

Corroborando com tal pensamento, Maria Sylvia Di Pietro (2013, p.165-166) define que desapropriação “é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.”

Diante do exposto, ressalta-se a ideia de que o interesse público é soberano, uma vez que visa o bem da coletividade. Ou seja, o interesse individual não poderá sobrepor o interesse público.

Ademais, tal trâmite de transferência necessita de procedimentos administrativos especiais para que o terceiro seja ressarcido da perda do seu bem.

Nesses termos, a Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe que:

Art. 5º, XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Desta forma, a desapropriação se caracteriza como forma mais drástica de intervenção do estado na propriedade particular, visto que “o bem é retirado da esfera jurídica do proprietário e ingressa no acervo estatal.” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 353), seja ela por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social.

Se for necessidade ou utilidade pública, a desapropriação “destina-se a ser utilizada sempre que o cumprimento das funções estatais exigir a aquisição do domínio de bens alheios.” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 624).

Observa-se desde logo, que a desapropriação por utilidade pública tem grande importância para buscar congregar os interesses comuns da sociedade, pois é a função primordial do estado e esta não poderá ser desprezada. Por tais razões, o legislador criou um decreto-lei elencando situações de forma a elucidar o que de fato é considerado utilidade pública.

Assim, o artigo 5º do Decreto-lei 3.365/1941 traz um rol de possibilidades justificadoras de desapropriação por utilidade pública:

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais.

Outrora, oportunamente, vale ressaltar que a própria Constituição Federal vigente no Brasil estabelece que a legitimidade para legislar acerca da desapropriação é de competência privativa da União

Entretanto, embora a União legisle privativamente, os sujeitos ativos que de fato realizam a desapropriação por utilidade pública estão presentes no mesmo Decreto-lei 3.365/1941, sendo estes: a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios.

Já os que realizam por interesse social, se distinguem, segundo a classificação de Maria Sylvia Di Pietro (2013, P.174) em três hipóteses: a primeira é que a competência será das mesmas pessoas jurídicas reguladas pela Lei nº 4.132/1962. A segunda será de competência exclusiva do município e tem fundamento no artigo 182, § 4º. Por fim, a terceira será em relação à desapropriação para reforma agrária e possui competência exclusiva da União, possuindo previsão no artigo 184 da Constituição.

Dessa maneira, conclui-se que o grau de importância da desapropriação é claramente percebido na Carta Magna de 1988 que faz diversas menções a este instituto. Além do mais, foram criados leis e decretos complementares para acrescentar os preceitos constitucionais vigentes.

3.2. Desapropriação e o Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) foi criado com intuito conceder maior abrangência aos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, buscando assim promover o desenvolvimento urbano através da integração do governo com a população. Desta maneira, o Estatuto busca corrigir e evitar problemas do crescimento das cidades, para alcançar qualidade de vida, permitindo a todos igual acesso às benfeitorias públicas.

Em seu artigo 2º, inciso VI, da Lei 10.257/2001 é possível perceber que existem diversos objetivos na política urbana para haver o pleno desenvolvimento das cidades:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

O estatuto da cidade pressupõe finalidades coletivas buscando formas de melhor planejar, organizar e coordenar soluções que melhorem significativamente a vida urbana. Todavia, nesta visão de alcançar a melhor forma de bem comum, são encontrados obstáculos que podem impedir esse objetivo.

Neste viés, a desapropriação é uma das formas de tentar harmonizar e assegurar uma melhor condição urbana aos cidadãos. Escolhida dentre as variadas modalidades de intervenção do poder público para corrigir as imperfeições da infraestrutura da cidade. E embora seja mais a extrema, é por muitas das vezes a melhor solução. Assim, o Estatuto da cidade traz em seu artigo:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

V – institutos jurídicos e políticos:

a) desapropriação.

Nesta lógica, desapropriação que possui dentre as variadas espécies, possui na desapropriação urbanística uma forma de melhor adequar os espaços urbanos às necessidades coletivas.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS URBANÍSTICOS

A carta política de 1988 garante o direito de propriedade, ao mesmo passo em que impõe o atendimento à sua função social. Por um lado, o Estado resguarda o direito à propriedade de cada indivíduo, entretanto, a propriedade necessita atender devidamente sua função social para ser fiel ao seu principal propósito: agregar interesses sociais coletivos.

Nestes termos, Robério Nunes dos Anjos Filho (20--? p. 5) aponta que:

Destarte, a ordem jurídica deve garantir o direito à propriedade individual, mas esse direito deve ser exercido dentro de certos limites, sem abusos, principalmente no que concerne ao não aproveitamento do bem, muito embora diga respeito também à atuação positiva, à direta utilização. Deve ter em mente o pro-

prietário, assim, que há um interesse geral a ladear o seu interesse particular, e por isso tem que dar ao bem uma destinação que se alinhe à função social respectiva.

Assim, vale salientar que é preciso que o proprietário busque atender à uma função social. Caso contrário o estado tem o poder de intervir e suprimir a propriedade, com intuito de ajusta-la aos fins assegurados, visto que prepondera o interesse público diante do privado. A desapropriação se torna então, uma das alternativas para corrigir o desvio de finalidade que houver com relação à propriedade e sua função social.

Esta modalidade expropriatória possui diversas finalidades, dentre as quais, para fins urbanísticos. Neste viés, Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 47) traz que o direito urbanístico é “o reflexo, no mundo jurídico, dos desafios e problemas derivados da urbanização moderna (concentração populacional, escassez de espaço, poluição) e das ideias da ciência do urbanismo.”

Observa-se desde logo que é necessária a adequação dos espaços para que haja uma urbanização adequada e que propicie aos cidadãos o máximo de conforto e boas condições de locomoção, lazer, mobilidade, ambientação, cabendo ao poder público procurar obter ao máximo essas condições.

A cidade de Salvador traz um exemplo recente de desapropriação para fins urbanísticos com o Decreto nº 27.122/2016. Esta previsão trata de desapropriação de imóveis em trechos da Orla, atingindo principalmente a Avenida Octavio Mangabeira, na região da Boca do Rio e Pituaçu. O seu principal objetivo é a requalificação da orla, tornando-a um amplo espaço de convivência e, de acordo com padrões urbanísticos internacionais, segundo a Prefeitura de Salvador.

Desta maneira, a obra prevê atingir uma área de 2km, incluindo o Circo Picolino, bares e condomínios residenciais. Além disso, propõe também integrar o Parque de Pituaçu à praia e criar um espaço de lazer para a população. (LOPES, 2016)

Ademais, a desapropriação para fins urbanísticos tem por objetivo proporcionar o incremento e a modernização das políticas urbanas por meio de instrumentos que visam maior comodidade

à sociedade, procurando tornar o espaço urbano melhor para os cidadãos.

5. CONCLUSÃO

A função social é conceito intrínseco à propriedade privada. Não basta a que o proprietário possua titularidade, o mesmo também deve estar de acordo com o dever social imposto pela Constituição Federal de 1988. Caso contrário, a referida propriedade é passível de sofrer desapropriação.

O ato desapropriatório, embora seja prejuízo para o indivíduo, representa um ganho para a coletividade, de forma que o interesse público deve sobressair em detrimento do privado.

Nos espaços urbanos, principalmente nas grandes regiões metropolitanas, cada vez mais as propriedades particulares dão espaço aos ambientes coletivos, gerando a necessidade de desapropriações frequentes de forma a harmonizar os ambientes urbanos às necessidades da coletividade.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **A função social da propriedade na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.hlrn.org/img/documents/roberio-a_funcao_social.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em: maio 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A desapropriação e o Princípio da Proporcionalidade. **Leituras complementares de direito administrativo**, 2.ed. Salvador: Juspodivim. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 28. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf>. Acesso em: maio 2017

LOPES, Ana Cely. **Desapropriação faz parte de projeto urbanístico**. Jornal Atarde. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/1793359-desapropriacao-faz-parte-de-projeto-urbanistico>> Acesso em: jun. 2017.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre homens**. Disponível em: <http://files.portalconsciencia-politica.com.br/200001887-5ee1a5fdc4/ROUSSEAU,%20J.J_Discursos%20sobre%20a%20origem%20da%20desigualdade_Ed%20RCM.pdf>. Acesso em: maio 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. **Estatuto da cidade (comentários à Lei federal 10.257/2001)**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

Capítulo VII

Liberdade de expressão e liberdade de opressão: *hate speech* como instrumento para segregação da população afrodescendente

Vinicius de Almeida Santana Melo

Graduando em Direito na Faculdade Baiana de Direito

Liberdade de expressão e liberdade de opressão: hate speech como instrumento para segregação da população afrodescendente

RESUMO: O presente trabalho destina-se à análise dos limites da liberdade de expressão diante o processo histórico brasileiro concernente à população negra e o gradativo aumento de casos de discurso de ódio para com minorias sociais. Será delineada devida investigação acerca da natureza dos direitos fundamentais e, especificamente, da liberdade de expressão para perquirir possível agravamento da marginalização e opressão afrodescendente por conta do *hate speech*. Sob o enfoque da teoria dos direitos fundamentais, da normatização brasileira e da jurisprudência pátria, serão buscados critérios que expliquem a constitucionalidade ou não de falas reducionistas para com o povo afrodescendente e, mediante delimitação histórica e contemporânea, quais as consequências advindas desta realidade paradigmática.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; *hate speech*; marginalização; afrodescendentes.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE DIREI-

TOS FUNDAMENTAIS 3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL 4 HATE SPEECH 4.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE OPRESSÃO 4.2 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS 5 MARGINALIZAÇÃO DO POVO NEGRO 5.1 HATE SPEECH E OPRESSÃO DISCURSIVA 5.2 IGUALDADE MATERIAL E INSTRUMENTALISMO. CASO JAIR BOLSONARO 6 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Em tempos contemporâneos, a liberdade de expressão é caracterizada como um dos mais preciosos direitos fundamentais. Possuindo natureza de tutela negativa, trata-se de direito subjetivo individual e coletivo atinente à abstenção do Poder Público frente os discursos ideológicos e as manifestações sociais.

Duramente conseguido na Revolução Francesa, veio a ser positivado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e em vindouros diplomas normativos internacionais e constitucionais, configurando-se no Brasil como cláusula pética.

Durante os anos da ditadura militar brasileira, houve forte atuação estatal com o fito de restringir, e muitas vezes vedar, o exercício pleno da liberdade de expressão. O juízo de valor entre o bom ou mau uso do direito, naquele tempo, se pautava na congruência para com os interesses do Estado. Eram ilegítimas todas as falas que iam de encontro ao estipulado pelo comando militar.

Com o fim do regime autocrático e a gênese da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão passou a receber ampla proteção legislativa e judicial. A disposição de espaço para confluência de ideias é essencial à autodeterminação dos povos e ao pluralismo ideológico, construindo e desenvolvendo o saber e o raciocínio por meio da troca de informações. Neste cenário ocorrem questões complexas, tais como a necessidade de limites e proteção de outros dispositivos fundamentais igualmente importantes, caso da dignidade da pessoa humana e da honra.

Neste diapasão, surgem as seguintes questões: é razoável a possibilidade de serem aceitas opiniões discriminatórias e/ou carregadas de ódio para com parcelas da sociedade? Quais as possíveis consequências daí advindas, em específico para o povo afro-descendente?

Busca-se enfatizar a importância dos direitos fundamentais, especificando *a posteriori* a importância da liberdade de expressão, e investigar até qual ponto faz-se possível legitimar o discurso opinativo e quais as consequências daí advindas. Esta discussão norteará todo o escopo científico, possuindo recorte epistemológico à possível acentuação da segregação negra por meio do *hate speech*.

O debate acerca de tal tema no âmbito acadêmico reveste-se de particular relevância teórica e social. Suscita o tema da liberdade de expressão e seus eventuais limites apaixonada discussão em sedes doutrinária e jurisprudencial, variando as posições conforme o país analisado e as circunstâncias históricas e sociais atinentes.

Estabelecer paradigmas sobre as possíveis restrições constitucionais de um direito fundamental de extrema importância mostra-se necessário em tempos de não raras colisões de patrimônios jurídicos. Ademais, por se tratar de um país com alta incidência de violência étnica, ganha ainda o tema especial contorno social em a sociedade ter acesso ao que é aceito ou não em searas jurisdicional e constitucional.

Primeiramente, serão esculpidas perspectivas teóricas elementares sobre os direitos fundamentais, enfatizando as características clássicas e as principais discussões acerca da natureza jurídica. Destarte devido norteamto, serão debatidas a possibilidade doutrinária de restrição da liberdade de expressão e em quais circunstâncias o Poder Judiciário poderá atuar neste sentido.

Por conseguinte, serão visualizados pontos acerca da força do discurso e de que maneira o *hate speech* pode ser utilizado como instrumento de persuasão e segregação na sociedade contemporânea, apresentando casos prementes na jurisprudência brasileira. Serão investigados os possíveis excessos do discurso com o fito de perceber a dominação ideológica de uma classe sobre outra e a opressão daí proporcionada, sendo trabalhadas de mesmo modo as consequências destas para as minorias sociais.

Por fim, serão dissertadas considerações sobre o processo histórico de marginalização negra no Brasil e como que o Estado, variando entre atitudes omissiva e comissiva, teve participação para a gênese de consequências segregacionistas contemporâneas. Neste ínterim, opostas serão os reflexos específicos do racismo e do *hate speech* para a população negra, juntamente a passagens sobre igualdade material e o caso do deputado federal Jair Bolsonaro.

Chegar-se-á, então, a conclusão sobre os limites da liberdade de expressão e seu viés específico sobre o povo negro em território brasileiro.

2. NOTAS ELEMENTARES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há imenso interesse na delimitação científica dos direitos fundamentais mediante explicitação das imprescindíveis a este ramo normativo. Objetiva-se, desta forma, evitar a ocorrência de arbitrariedades técnicas e/ou dogmáticas.

Neste diapasão, os direitos fundamentais, destarte o extraído de todo o debate doutrinário acerca de sua conceituação, podem ser brevemente definidos a par de George Marmelstein (2014, p. 17) como normas jurídicas ligadas de maneira íntima à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder, esculpidas no plano constitucional de um Estado Democrático de Direito por conta de sua grande importância axiológica. Normas positivas concretizadas para garantir convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

A Assembleia Constituinte brasileira de 1988, de forma acertada, escolheu o Título II da Constituição Federal (Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5º ao 17) para transpor o rol de direitos fundamentais. Embora parcela doutrinária critique a disposição de direitos secundários neste recorte, exemplo dos direitos de marca e de lazer, afirma George Marmelstein (2014, p. 63) que a supracitada posição configura-se como digna de louvor.

Fundamentando-se na tutela da dignidade da pessoa humana oposta no art. 1º, III, a Carta Maior adotou uma lista não taxativa de direitos fundamentais. Por conta de tal escolha, há possibilidade de novos direitos surgirem por fruto de hermenêutica cons-

titucional e até mesmo pela absorção de normas constantes em tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Sem dúvida, o prestígio que a teoria das normas fundamentais recebe no Brasil em muito se deve pela Lei Constituinte e pelo câmbio de pensamento na doutrina constitucional brasileira. Passou-se a dotar de efetividade e supremacia jurídica um documento essencial que antes era visualizada como mera carta programática.

Averba Gilmar Mendes (2015, p. 135), neste sentido, que a Constituição mostra-se como pressuposto de positivação e efetivação dos direitos fundamentais. É necessária à atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, sendo tais liberdades *conditio sine qua non* do Estado constitucional e democrático.

Embora Lênio Streck (2004, p. 13-22) critique com veemência a maneira pela qual as instituições jurídicas e os profissionais do Direito operam a Constituição, dotando esta de baixa efetividade, seria absurdo não mencionar que há elogiáveis e avançadas posições doutrinárias e jurisprudenciais quanto à sua tutela judicial.

No que toca o âmbito técnico dos direitos essenciais, algumas clássicas características os distinguem dos demais dispositivos da Carta Magna. Afirmar esta assertiva não significa que o presente trabalho pretende advogar que estas se encontram presentes em toda e qualquer situação contemporânea, trata-se de mero aspecto introdutório que possui o objetivo de firmar o leitor à ótica que será trabalhada.

Explana Gilmar Mendes (2015, p. 142-155) serem dotados os direitos fundamentais de historicidade, podendo estes surgirem ou desaparecerem em cada época a depender do corpo social; inalienabilidade/indisponibilidade, pois a preterição de uma norma fundamental não estará sempre justificada pelo mero consentimento do titular; constitucionalização, se encontrando consagradas de modo explícito ou implícito em determinada ordem jurídica; poder de vinculação do Estado, sendo seu parâmetro de organização e limitação; e aplicabilidade imediato, entendimento derivado da hermenêutica do art. 5º, §1º da Lei Maior. Ademais, são também dotados de inegável caráter ético, pressupostos básicos ligados à dignidade da pessoa humana.

Visualize-se no plano da teoria do Direito que, como os demais positivos, os aqui debatidos são potencialmente contraditórios por conta de refletir vasta diversidade ideológica. A contradição *in fine* decorre de sua natureza principiológica, não sendo consideradas absolutas pela doutrina majoritária diante o sem número de possibilidades fáticas e jurídicas de aplicabilidade. Deve o julgador, em casos de conflito, optar pela restrição de um ou mais valores.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, na MS 23452, pronunciou que não há no sistema constitucional normas de caráter absoluto. Estipulou o Ministro Celso de Mello (1999) que:

Mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

Visualiza-se que, na gênese de embates de valores e opções políticas selecionadas pelo Constituinte, faz-se necessário sopesar casuisticamente os efeitos da restrição e de que forma será esta adequada. O jurista possui o papel de conciliar e harmonizar os interesses mediante os diversos instrumentos de resolução, tais quais a concordância prática ou a ponderação de interesses, usando sempre do juízo de razoabilidade.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Visualizado como um dos mais relevantes direitos fundamentais, a Constituição Federal, em diversas passagens, elucida a proteção dada à liberdade de expressão como se vê adiante:

Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, IX – é livre a expressão a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220, *caput* – a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição;

Art. 220, §1º - nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de pensamento e informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV

Art. 220, §2º - é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Embora no senso comum o uso da palavra seja associado à liberdade de expressão, pela leitura da transcrição acima é perceptível o fato de este não ser o único modo de expressão de ideias e pensamentos individuais e coletivos na sociedade. A Suprema Corte (2011), em manifestação perante a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 187, explanou que a realização de marchas ou manifestações públicas sobre a descriminalização do uso da maconha é forma de manifestação da liberdade de expressão, não podendo ser proibida ou tipificada como apologia de uso de drogas.

Em mesma direção, George Marmelstein (2014, p. 124) infere que a forma ampla pela qual a liberdade de expressão é tutelada no art. 5º, IX, da Carta Magna possibilita que até mesmo manifestações não verbais se inserem na circunscrição de liberdade constitucionalmente protegida.

A liberdade em tela personifica desde que não vá de encontro a outros direitos fundamentais ou constitucionalmente protegidos, toda opinião, convicção, avaliação ou julgamento de quaisquer assuntos ou pessoas. No viés de Gilmar Mendes (2015, p. 264), por ser direito típico de abstenção do Estado, será exercida em regra contra o próprio Poder Público, não sendo excluída a discussão sobre a possibilidade de utilização frente a particulares.

A Lei Maior abrange a liberdade de imprensa em suas disposições concernentes à liberdade de expressão, explicitando Daniel Sarmiento (2007, p. 02) que, mesmo oligopolizada no Brasil, é de se comemorar as conquistas advindas após longo tempo de censura militar. Detém a imprensa o direito de informar, de buscar a in-

formação, de opinar e de criticar. Quanto à censura desmedida, a Corte Constitucional brasileira (2005) se pronunciou da seguinte maneira:

A Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento.

Essa repulsa constitucional da República bem traduziu o compromisso da Assembleia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado.

Pressuposto básico afeto à liberdade de expressão é seu duplo papel substantivo, constituindo ao mesmo tempo direito individual, a qual objetiva a promoção da dignidade da pessoa humana, e instrumento para intercâmbio de ideias entre os cidadãos. Explorar esta afirmação não permite inferir a defesa de uso irrestrito deste instituto, utilizando-o para ir de encontro a outros direitos fundamentais justapostos, mas sim que mediante juízo de razoabilidade deve-se proporcionar círculo de manifestação ideológica.

A temática do *hate speech* dentro da liberdade de expressão é um dos que oferece maiores discussões doutrinária e jurisprudencial, afetas estas estabelecer áreas limítrofes de explicitações em âmbito social.

Na inteligência de André Ramos Tavares (2013, p. 483), visualiza-se a liberdade em tela como basilar no desenvolvimento do pluralismo democrático, contudo não pode ser enxergada como absoluta e/ou imprescindível frente a direitos fundamentais outros. Se coloca, em verdade, como parte de uma unidade constitucional que pauta-se em evitar arbitrariedades e transgressões a patrimônios jurídicos alheios.

O objetivo de concessão ao ser humano da prerrogativa de soberania sobre si mesmo traz consigo responsabilidades para com direitos individuais e coletivos alheios. Esta condição figura essen-

cial à expressão da personalidade individual e autodeterminação, como aduz André Ramos Tavares (2013, p. 483).

Para que a liberdade de expressão encontre guarida no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, é relevante que o exercício não diminua nem prejudique o alheio. Não afete sua dignidade. Considerar princípios ensejadores de direitos como absolutos significa considerar estes também no mesmo sentido. A vedação a prática abusiva dos discursos por meio do Poder Judiciário intenta restabelecer a dignidade violada.

A existência de limites metafísicos e éticos fundamenta-se na necessária harmonia entre direitos individuais, bem como na coerência. André Ramos Tavares (2013, p. 486) defende uma liberdade que não restrinja a autodeterminação alheia e, desta maneira, não vá de encontro a desenvolvimento da personalidade de outros. A Constituição positiva vários instrumentos para coibição de arbitrariedades discursivas, caso da indenização por danos morais coletivos e do direito de resposta.

A par de George Marmelstein (2014, p. 64), ao contrário dos Estados Unidos, em que a liberdade de expressão é valorizada a ponto de serem constitucionais as passeatas da organização segregacionista Ku Klux Klan, no Brasil não se vê tal possibilidade. A Jurisdição Constitucional pátria (2003) se pronunciou contrária, por exemplo, a quaisquer possibilidades de ideias antisemitas no julgamento do Habeas Corpus nº 82424.

Desta forma, é cediço o prevailecimento da dignidade da pessoa humana e da igualdade em quaisquer relações jurídicas. Concordando, Daniel Sarmiento (2006, p. 34) manifesta que a exacerbção da liberdade de expressão incorre em redução de autoridade das vítimas em possíveis discussões, ferindo desta forma a própria finalidade democrática do instituto.

4. HATE SPEECH

O *hate speech*, terminologia inglesa usada para se referir ao discurso de ódio, pode ser conceituado nas palavras de Rosana Leal da Silva (2011, p. 447) como expressão de conteúdo segregacionista que pretende estabelecer posição de supremacia do emis-

sor frente à atitude de inferiorizar a vítima. Objetiva-se insultar, intimidar ou assediar pessoas por conta de sua raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou religião; instigando assim violências variadas e ódio.

Na concepção de Foucault (1985, p. 133), por ser todo discurso carregado de ideologias, são estes ligados a sistemas produtores e reprodutores de poder. Em muitos se faz perceptível o reforço de ideias discriminatórias e segregacionistas advindas de um sentido de opressão social por quem detém o poder.

A hipotética proteção constitucional de tal ramo discursivo ainda intriga a doutrina brasileira. Como já balizado em tópico anterior, a decisão do Supremo Tribunal Federal (2003) no julgamento do habeas corpus nº 82424 se pautou em não considerar o instituto como coberto pela ordem jurídica. Não há posição unânime na ordem internacional acerca da viabilidade do discurso de ódio, no entanto é inegável a progressão jurisprudencial em considerá-lo inaceitável como será visto em capítulo vindouro.

A Carta Constituinte brasileira demonstra possuir severo compromisso para com a promoção de igualdade e para com a luta contra o preconceito. Embora, num viés de Gilberto Freyre (2003), correntes não visualizem como latentes a desigualdade e o racismo no Brasil, o Estado reconhece e se dispõe à luta. Neste sentido, são cabíveis de citar algumas passagens constitucionais:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

III – autodeterminação dos povos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Não obstante a Lei Maior já condenar quaisquer condutas tendentes à segregação e marginalização de povos, é razoável a interpretação extensiva de que estas condutas em muito são intensificadas quando proporcionadas pelo instrumento do *hate speech*.

O art. 13, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, positiva que toda apologia a ódio racial deve ser proibida. Em mesmo sentido, o art. 26 da lei 12288/10 determina a necessidade de o Poder Público adotar medidas de combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especificando um grupo religioso, majoritariamente formado por negros, que é atingido pelos discursos de ódio.

Não há no Brasil lei que especificamente regulamente disposições sobre o *hate speech*, contudo, a lei nº 7716/89, a qual trata sobre crimes resultantes de preconceito de raça e de cor no território pátrio, é aplicada para punir a incitação discriminatória por meio discursivo.

Owen Fiss (2005, p. 30) afirma que a liberdade de opiniões não tão populares é necessária ao âmbito do pluralismo democrático, contudo também é cediça a necessidade de coexistência pacífica no seio social.

4.1. Liberdade de expressão e liberdade de opressão

O corpo social é constituído de indivíduos organizados por critérios sociais, econômicos, étnicos, regionais e outros; podendo variar as circunstâncias que influíram na gênese e na reprodução de cada um. Neste íterim, a depender da confluência e de como se dão as relações intergrupais, por vezes reações agressivas de componentes das camadas superiores para com grupos minoritários e/ou marginalizados podem ocorrer.

Aduz Agnes Heller (2008, p. 11-12) que para entender a maneira que as camadas sociais são estabelecidas, e consequente-

mente quais os setores marginalizados e oprimidos, faz-se necessário perquirir as circunstâncias históricas afetas à sociedade em análise. Não há como chegar a uma análise conjuntural satisfatória se não ocorrer devida investigação de caracteres históricos.

Em olhares de Samantha Meyer-Pflug e Thiago Anastácio (2014, p. 02), a democracia representa no plano metafísico a possibilidade participativa de todos os indivíduos na disposição estatal e na exposição de ideias. Indo de encontro a esta assertiva, o discurso de ódio limita e/ou veda a participação de determinados grupos socialmente definidos, diminuindo-os no que toca à intelectualidade e à racionalidade por meio da exacerbação de uso da liberdade de expressão.

O *hate speech* finca raiz nas diferenças criadas pelas classes, transformando a liberdade de expressão num perigoso instrumento agravante da opressão. Por mais revestido de legitimidade que pareça, uma opinião discriminatória profere humilhações e ofensas que não coadunam com os pressupostos constitucionais e da própria esquematização teórica dos direitos fundamentais. Nesta seara, há legitimação da atuação estatal por meio de mecanismos intervenientes.

Disseminada a cultura do medo e do terror, buscando convencer indivíduos outros que enxerguem razão ao ideal discriminatório, o discurso de ódio se apresenta como mecanismo redutor da possibilidade de defesa dos alvos. Citando como exemplo os afrodescendentes, recorte epistemológico escolhido e um dos grupos mais marginalizados do processo histórico e social pátrio como demonstra Darcy Ribeiro (1995), o estudo de Hermano de França Rodrigues e Maria de Fátima Batista (2010, p. 02) demonstra consequências que variam desde estereótipos até violência física.

Nos dizeres de Raul di Sergi Baylão (2001, p. 24), por mais que varie a tutela estatal em cada país no que toca à coibição do discurso de ódio, é perceptível que a opressão enquanto manifestação de violência entre indivíduos não é fenômeno bastante tolerado na sociedade contemporânea. A Constituição Brasileira de 1988, em passagens elucidadas no decorrer do presente trabalho, reflete os anseios constituintes e dispõe o profundo compromisso com o combate a desigualdade e a discriminação.

Hideliza Cabral e Caroline Assunção (2013, p. 5) advogam que o ordenamento jurídico brasileiro protege a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, contudo a ausência de natureza absolutória impõe dever jurídico ao Estado de combater excessos e responsabilizar a reparação de danos extrapatrimoniais derivados da opressão discursiva. Não há possibilidade de um direito fundamental, na ordem brasileira, ser usado como instrumento legitimador de outros direitos fundamentais.

4.2. Posicionamentos jurisprudenciais

Diante casos emblemáticos ocorridos na seara judicial brasileira nos últimos tempos e a importância para o trabalho *in fine* de dispor informações acerca da jurisprudência pátria quanto ao tema, faz-se necessário citar alguns para delineamento e atualização científicas.

A mais discutida e celebrada lide envolvendo o discurso de ódio, no Brasil, foi o caso do livreiro brasileiro Siegfried Ellwanger Casten na interposição do Habeas Corpus nº 82424 (2003). Este, por meio de editora de sua propriedade, publicou obras que negavam o holocausto e faziam apologia ao nazismo; responsabilizando os próprios judeus pelo que lhes ocorreu nos campos de concentração da segunda guerra mundial. Incurso no art. 20 da lei 7716/89, sob a acusação de racismo, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul e teve a condenação mantida o Supremo Tribunal Federal.

O ministro Celso de Melo (STF, 2003), decano da Suprema Corte, explicitou voto indeferindo o provimento do *habeas corpus* impetrado. Argumentou que o indivíduo o qual ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, movido por razões de fundo racista, fere a dignidade de todos os brasileiros. Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes (STF, 2003), seguindo a orientação, utilizou a tese de colisão de direitos fundamentais e o instrumento do juízo de proporcionalidade para sobrepor a dignidade da pessoa humana violada, denegando assim o *habeas corpus*.

Perpassando outra emblemática jurisprudencial, em 2008 foi oposta ação judicial no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (processo nº 2008.001.024498-5) pela Federação Israelita do Rio de Ja-

neiro contra a Escola de Samba Unidos do Viradouro. A supracitada pretendia desfilar com uma alegoria alusiva a Adolf Hitler, vindo a ser proibida por força de decisão da magistrada Juliana Kalichsztein e estabelecida multa de 200 mil reais se houvesse o desfile.

Embora esta decisão seja criticada por Nevita Maria Pessoa e Gustavo Ferreira Santos (2014, p. 21) por conta de não se perceber apologia, mas sim crítica ao regime totalitário nazista, percebe-se um avanço pragmático na ordem judicial quanto a ampliação da tutela à proteção da dignidade de grupos minoritários.

Ayla do Vale Alves e Márcia Costa Misi (2016, p. 18) afirmam que a jurisprudência brasileira se adequa à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao defender a liberdade de expressão, mas não a entender como absoluta. Se restringe a livre manifestação do pensamento quando perceptível o exercício abusivo e a gênese de ódio incompatível com a ordem democrática.

5. MARGINALIZAÇÃO DO POVO NEGRO

Durante o processo histórico brasileiro a segregação dos afrodescendentes dos espaços de poder se estabeleceu em diversos fundamentos, desde os paradigmas das teorias racistas dos séculos XIX e XX até às particulares das sociedades colonial, imperial e republicana. Em palavras de Dora de Lima Bertúlio (2012, p. 02), o racismo para com negros no Brasil traveste-se de apreensões sociais, políticas e culturais que naturalizam e fazem surgir valores os quais desconstituem toda uma comunidade e desregra sua condição de sujeitos de direito.

Tecer considerações acerca deste fato faz necessária a remessa ao período escravagista e a grande importação de africanos para o continente americano. Tinha-se na América, entre séculos XV e XIX, fortes relações sociais e estatais marcadas pela exploração de mão de obra escrava negra e opressão social os quais possuem reflexos na sociedade contemporânea como será delineado.

Posteriormente a abolição do tráfico negreiro, em 1850, e o término do processo abolicionista, em 1888, organiza-se a ideia do negro como componente da população em geral, mas sem incluí-lo no contexto da sociedade central. Embora a primeira Constituição

republicana, de 1891, aduzisse no art. 72 que todos eram iguais perante a lei, o art. 70, *caput*, da mesma Carta não disponibilizava os mesmos como eleitores.

João Carlos Nogueira (2004, p. 03) infere que, após a libertação dos escravos, a consunção de um Estado autoritário e excludente impedia os libertos de acesso a terra, à educação e ao trabalho. Haja vista uma época fortemente ruralista, a ausência de possibilidades de acesso a tais instrumentos de vida influía diretamente na marginalização dos mesmos. A opção da elite e do setor estrutural foi excluir os negros, preservando a desigualdade fundada em critérios étnicos.

Em tempos hodiernos, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2000), responsável pelo censo de 2000, demonstrou que a parcela afrodescendente representa apenas 1% do poder político e econômico do país. Em perspectiva mais atual e afeta à realidade baiana, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (2015, p. 01-13) aponta que, perante a região metropolitana de Salvador, ocorre a manutenção de negros no contingente de desempregados e marginalizados do processo nacional; sem contar a disparidade de rendimento entre estes e trabalhadores não negros.

O reconhecimento do racismo pela Carta Magna brasileira e a conseqüente criminalização pautou-se na perspectiva de o Estado se manifestar contra todas e quaisquer práticas que fomentem segregação étnica. O art. 68 da Lei Constituinte, ao regulamentar a terra de remanescentes quilombolas, dispõe acerca do compromisso do Estado em diminuir as conseqüências do processo histórico segregacionista.

Segundo Vanessa Strowitzki (2013, p. 04), a articulação de injustiças simbólicas, tal qual o discurso de ódio, e injustiças econômicas produz um quadro multicausal que culmina em ciclos viciosos de pobreza, exclusão e escolarização deficiente.

Desde 2003 percebe-se salutar esforço do Governo Federal no desenvolvimento de políticas públicas afirmativas que diminuam os efeitos da segregação étnica. As políticas de combate ao racismo, na perspectiva de João Carlos Nogueira (2004, p. 97), não

são mais ações isoladas, mas sim representantes de um amplo espectro público de promoção das minorias, e conseqüentemente da população negra, nos espaços de poder. As cotas étnicas para universidades e concursos públicos são um exemplo.

O Poder Público brasileiro passa a ter um papel importante par efetivação de princípios constitucionais e da redução da marginalização negra. Coibir o discurso de ódio, visto aqui como exercício de injustiça simbólica, também se mostra necessário.

5.1. *Hate speech* e opressão discursiva

Na perspectiva de Van Dijk (2008, p. 27), é possível entender o discurso como instrumento de opressão quando examinadas a relação de dominação social, as experiências opressivas dos grupos dominados e a ilegitimidade das ações discursivas da classe dominante. A análise de cada discurso possibilita resposta para questões que em muito permeiam o contexto social, tal qual o racismo e o preconceito.

Aduz Foucault (1980, p. 131) que cada sociedade possui delimitações do que é ou não aceitável em seio social, estipulando que:

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que aceita e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e instâncias que permitem distinguir entre sentenças verdadeiras e falsas, os meios pelos quais cada um deles é sancionado; as técnicas e procedimentos valorizados na aquisição da verdade; o *status* daqueles que estão encarregados de dizer o que conta como verdadeiro.

Desmistificada a ideia de falsa democracia racial, até mesmo as brincadeiras e piadas caracterizadoras dos negros como inferiores podem ser perigosas no viés de Valente (1987, p. 24). Aduzem Walter Rothenburg e Tatiana Storpa (2015, p. 02), neste sentido, o quanto as redes sociais incorporam tais explanações e replicam numa velocidade instantânea.

A apreensão dos discursos estereotipados e de ódio revela um ciclo de violência que intensifica a segregação. A violência psicológica e física derivada do discurso discriminatório complementa também o aumento de homicídio envolvendo negros.

Como estipula Valente (1987, p. 58), podem ter mudado o sistema econômico, as relações de trabalho e as formas de opressão, mas os afrodescendentes continuam a sofrer as consequências de serem considerados ideologicamente inferiores.

A investigação dos estereótipos e dos discursos de ódio explícita que o preconceito e o racismo por meio da liberdade de expressão reforça a segregação. Ademais, além disto, fomenta atitudes que não se coadunam com os objetivos da Constituição Federal brasileira.

5.2. Igualdade material e caso Jair Bolsonaro

O debate sobre a possível existência, ou não, de igualdade provinda do estado de natureza é tema que suscita debates em âmbito filosófico. A despeito deste, em palavras de Frischeisen (2000, p. 58), é cediço que a dinâmica social reverbera sobreposições de classes sobre outras, o que manifesta a necessidade de o Poder Público possibilitar efetiva igualdade entre indivíduos díspares. O Direito, neste sentido, possui o fito de oferecer instrumentos eficazes de promoção da equidade.

Walter Rothenburg (2008, p. 04) teoriza que a igualdade se apresenta como conceito relacional derivado da comparação entre seres, orientado por uma ordem jurídica. Não basta apenas que a norma positiva formalmente mencione uma perspectiva igualitária e determine as situações aplicáveis, mas sim que haja efetivo intuito de efetivá-la. A dimensão social impõe postura ativa do Estado na eliminação das disparidades.

No que toca o panorama brasileiro, decisão da Suprema Corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 (2012) fundamentou a perspectiva da igualdade material e/ou fática em declarar a constitucionalidade das cotas étnicas. Não obstante a existência de uma igualdade formal, consubstanciada no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, perceberam os ministros a necessidade de tratar os desiguais à medida de suas desigualdades. Em um país caracterizado pela segregação social, tal decisão se ateve a possibilitar a presença de etnias marginalizadas nos espaços acadêmicos.

Dada a conjuntura ora estabelecida, mostra-se desarrazoada a afirmação do deputado federal Jair Bolsonaro, do Partido Social Cristão, em palestra realizada no Clube Hebraica do Rio de Ja-

neiro. Nesta ocasião, afirmou o congressista, como reportado no portal eletrônico da Folha de São Paulo (2017), “Eu já fui num quilombo. O afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada. Eu acho que nem para procriador ele serve mais. Mais de R\$1 bilhão por ano é gasto com eles”.

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública por danos morais coletivos às comunidades quilombolas e à população negra, estipulando os procuradores responsáveis não ser cabível entender tais palavras discriminatórias como cobertas pela liberdade de expressão. Por se tratar de agente público, tem-se a conduta como ainda mais gravosa.

No círculo de promoção da igualdade, se é visualizado que a necessidade de corrigir os defeitos sociais na *práxis* é uma tarefa do Estado. Cada vez mais se toma consciência do perigo incluso nos discursos de cunho preconceito e/ou discriminatório que tentam se travestir de opiniões legítimas.

6. CONCLUSÃO

O término do regime militar brasileiro e a promulgação da Constituição Federal de 1988 proporcionaram, respectivamente, a diminuição das problemáticas ocasionadas pela censura informativa e a gênese de direitos fundamentais individuais e coletivos antes não previstos positivamente. Foi instituído formalmente um ente estatal objetivado a promover e respeitar direitos atinentes a um patrimônio jurídico básico decorrente da dignidade da pessoa humana.

Em tal perspectiva, a discussão acerca dos limites de exercício dos direitos fundamentais ganhou expressos relevos vide a percepção hodierna de uma gama de colisões entre estes. Haja vista melhor doutrina estabelecer a natureza jurídica relativa das normas fundamentais, foi disponibilizado ao Poder Público a necessidade de proporcionar instrumentos eficazes para resolução de lides envolvendo embates normativos advindos da alta gama de bens jurídicos tutelados.

No que tange à liberdade de expressão, a Carta Magna, a Convenção Americana de Direitos Humanos e determinadas leis ordi-

nárias oferecem instrumentos de combate ao excesso de uso deste bem jurídico e firma um quadro de perspectivas legítimas de utilização. Fundamenta mais relevante corrente científica o poder-dever do Estado em restringir esta quando aferíveis o desrespeito a patrimônio jurídico alheio e a desproporção para com objetivos instituídos pelo Constituinte.

Sempre refletindo as disposições do poder no âmbito fático, o discurso possui forte poder de vinculação e convencimento perante terceiros. Quando não usado para promover o pluralismo democrático e a participação de todos sob viés de igualdade, possui a potencialidade de acentuar a segregação e disparidade sociais.

Para preservar a autodeterminação da vítima e o respeito para com sua posição de sujeito de direito no pluralismo democrático, deve o Poder Judiciário ser incisivo em reequilibrar a ordem violada. Pensar em sentido contrário possibilita proporcionar uma liberdade de opressão que, claramente, não se encontra acobertada pela Lei maior.

O entendimento da jurisprudência pátria está gradativamente caminhando à vedação de oratórias e expressões que proporcionem fortificação do racismo, enxergando este como mais gravoso quando dirigido a populações historicamente segregadas, caso da etnia afrodescendente. A análise da formação brasileira envolvendo estes componentes fundamenta a agravante.

A realidade nacional demonstra nefastas consequências advindas da histórica segregação dos afrodescendentes, tais como ínfima representatividade nos ambientes acadêmicos e a figuração maior de vivência à margem da sociedade. Mesmo com a promoção de políticas públicas afirmativas, ainda se possui intensa dificuldade em diminuir o que séculos de exclusão ocasionaram.

Diante a realidade paradigmática de grande aceitação dos discursos segregacionistas em seio social, consubstanciando violências psicológica e física, se afigura premente a necessidade de tutela positiva do Estado em coibir o *hate speech* para com a população negra dada sua histórica posição de vulnerabilidade social.

A igualdade material consubstanciada pela Constituição de 1988 e o combate à desigualdade social e ao racismo não compor-

tam viabilidade de condutas discriminatórias que vão de encontro a tais objetivos. O discurso de ódio fortifica a opressão já sofrida por estas vítimas, dotando tal situação legitimidade ao Poder Público para atenuar as consequências daí derivadas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ayla do Vale; MISI, Márcia Costa. Da liberdade de expressão ao discurso de ódio: uma análise da adequação do entendimento jurisprudencial brasileiro à jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Dez./2016, vol. especial. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/revfacdir>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BAYLÃO, Raul di Sergi. **Um conceito operacional de minorias**. Escolamp. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/17_09.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2017.

BERTULIO, Dora Lúcia de Lima. **Racismo, violência e direitos humanos**. Considerações sobre a discriminação de raça e gênero na sociedade brasileira. Multiweb ufsm. Disponível em: <<http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/dora02.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao91.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaocompilado.htm>. Acesso em: 5 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

BRASIL. **Lei 12.288**, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as leis nº 7716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF, 21 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

BRASIL. **Lei 7.716**, de 5 de dezembro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 6 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 187. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 15 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>> . Acesso em: 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 186/DF. Arguente: Democratas – DEM. Arguidos: Conselho de Ensina, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília. Reitor da Universidade de Brasília. Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília/UNB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 82424/RS. Requerente: Werner Cantalicio João Becker e outra. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator originário: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Presidente. Brasília, DJ 17 set. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>> . Acesso em: 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 23452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, DJ 16 set. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n° 3486/DF. Requerente: Celso Marques Araújo. Requerido(s): Roberto Civita. Marcelo Carneiro. Diogo Mainardi. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, DJ 22 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo398.htm#transcricao2>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ASSUNÇÃO, Caroline Oliveira de. **Hate Speech: o Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e seus limites**. Editora Magister. Disponível em: < http://www.editoramagister.com/doutrina_24273022_HATE_SPEECH_O_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_LIBERDADE_DE_EXPRESSAO_E_SEUS_LIMITES.aspx>. Acesso em: 27 mai. 2017.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Pesquisa de emprego e desemprego na região metropolitana de Salvador**. A inserção da população negra no mercado de trabalho da Região Metropolitana de Salvador em 2015. Nov./2016. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/anali-seped/2016/2016pednegrosssa.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. 48. ed. São Paulo: Global Editora, 2003.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas**. A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GOTO, Vanessa Strowitzki. **A herança histórica do negro brasileiro e o dilema entre políticas públicas redistributivas e de reconhecimento**. Gepal-Uel. Disponível em: < http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/v9_vanessa_GV.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.

HELLER, Agnes. **O cotidiano e a história**. Tradução Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico 2000**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/20122002censo.shtm>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito**. 2º sem/2014, nº 2. Disponível em: < <http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/viewFile/20472/11800>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. atual. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio e democracia: participação das minorias na busca pela tolerância**. *Publica Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e04c14a66e1b2746>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

NOGUEIRA, João Carlos. Movimento negro: das denúncias do racismo à prática de políticas públicas. **Política & Sociedade. Revista de Sociologia Política**. Out/2004, nº 5. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1980>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

PAMPLONA, Nicola. Procuradoria processa Bolsonaro sob acusação de discriminar quilombolas. **Folha de São Paulo**, Rio de Janeiro, 10 abr. 2017, Folha Poder.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RODRIGUES, Hermano de França; BATISTA, Maria Fátima B. de M. Marginalização e cultura: a figurativização do negro no cancionário popular. **Acta Semiotica Et Linguística**. 2010, vol. 15, ano 34, nº 2. Disponível em: < <http://periodicos.ufpb.br/index.php/actas/article/view/14674>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos Estudos Jurídicos**. jul-dez/2008, v. 13, n. 2, p. 77-92. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32745-40386-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**: o conflito discursivo nas redes sociais. Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-21.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Dsarmiento. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**. nº 16, maio-junho-julho-agosto/2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

SILVA, Rosane Leal da. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito Projeto Gráfico**. São Paulo: vol. 7, n. 2, jul/dez. 2011, p. 445-468.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VALENTE, Ana Lúcia E. F. **Ser negro no Brasil hoje**. São Paulo: Moderna, 1987.

VAN DIJK, Teun A. **Discurso e poder**. São Paulo: Contexto, 2008.

Capítulo VIII

A (i)legitimidade da escolha dos
Ministros do Supremo Tribunal
Federal à luz do presidencialismo
de coalizão e a crise no sistema
político brasileiro

Fernanda Cabral Pedreira

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito

A (i)legitimidade da escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal à luz do presidencialismo de coalizão e a crise no sistema político brasileiro

RESUMO: Artigo destinado à análise da legitimidade do modo de indicação e nomeação do cargo de Ministro do STF pelo Presidente da República e Senado Federal, considerando o sistema presidencialista de coalizão e tendo em vista o contexto político atual. Traçando uma explicação sobre a organização do Estado, a partir da Teoria da Separação de Poderes sob o aspecto geral e pontual no direito brasileiro, surge a necessidade de avaliar, diante do caso concreto, a melhor alternativa viável através de uma análise comparativa do direito português e italiano para tal designação. Enfim, chega-se à reflexão sobre qual a melhor opção que supra a possibilidade de tornar a interferência do Poder Executivo ao Judiciário mais legítima, sendo assim mais justa, levando em conta o equilíbrio político e suas existências independentes e harmônicas.

Palavras-chave: Separação de Poderes; presidencialismo de coalizão; Supremo Tribunal Federal; sistema político brasileiro; direito comparado.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 ORGANIZAÇÃO DO ESTADO: 2.1 O PRINCÍPIO FEDERATIVO E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES 2.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES APLICADA AO DIREITO BRASILEIRO 3 O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO BRASILEIRO E A CRISE NO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO 4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A LEGITIMIDADE NA ESCOLHA DE SEUS MINISTROS 5 ALGUMAS NOTAS SOBRE DIREITO COMPARADO 6 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista a crise instaurada no sistema político brasileiro e a forma designada pela Constituição Federal à escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal demonstra-se de forma clara a ilegitimidade acerca de suas designações.

A teoria da Separação de Poderes estabelece que é necessário que subsistam três Poderes, dentre os quais Executivo, Legislativo e Judiciário, de forma independente e harmônica. Ainda sim, entre eles haverá uma relação de interferência fiscalizatória para que nenhum dos Poderes atue de maneira tirânica e ilimitadamente.

O Brasil tem como regime político o presidencialismo. Porém, está sendo alvo da maior investigação sobre corrupção, lavagem de dinheiros e diversos outros aspectos na história do país. Dentre seus investigados estão presentes figuras importantíssimas do setor público que exerceram e exercem a governabilidade no país como o atual Presidente da República Michel Temer, membros do Congresso Nacional e ex-Presidentes.

Não fosse apenas por isso, o presidencialismo desempenhado decorre da união entre partidos políticos que oferecem suporte mútuo em todas as esferas políticas, tanto de forma legal como de forma ilegal. Desse modo, as decisões tomadas por esses grupos, de diversas maneiras provaram à população que não são passíveis de legitimidade plena. E, como se não bastasse, dentre os responsáveis

pela análise da maioria de seus inquéritos, tendo em vista o “foro privilegiado”, estão os membros do Supremo Tribunal Federal. Estes, responsáveis pela formulação da coisa julgada, são eleitos pelos mesmos investigados (citados acima) dos inquéritos policiais.

Reconhecendo, portanto, a crise instaurada juntamente com a forma constitucionalmente imposta para a designação dos Ministros e o “presidencialismo de coalizão” coube aqui a análise, através do direito comparado, de uma solução que visasse amenizar a ilegitimidade decorrente do contexto atual. Pois, do modo em que nos encontramos, a representatividade se tornou escassa, prejudicando diretamente o sistema como um todo e indiretamente as pessoas sujeitas à ele: a população brasileira.

Por isso, nos capítulos seguintes, a partir de uma análise da organização de Estado brasileiro e a Teoria da Separação de Poderes, buscamos entender como se dá o seu funcionamento. Saindo do aspecto estrutural, coube investigar a relação entre o presidencialismo de coalizão juntamente com a crise no sistema político e o motivo da falência desse sistema diante do contexto atual do país. Dessa forma, com o exame da escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal foi possível enfatizar a questão em xeque sobre a sua legitimidade, fazendo, por fim, uma investigação de formas alternativas, baseadas no direito italiano e português de mudanças viáveis e que amenizem a situação atual no direito brasileiro.

2. ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

No título I da Constituição Federal de 1988, são estabelecidos os princípios fundamentais em que a estrutura do Estado brasileiro foi fixada, manifestando as escolhas políticas fundamentais, pelo constituinte, para a formação da vida estatal (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 425).

Canotilho (2003, p.1.165) entende que os princípios fundamentais representam princípios constitucionais politicamente conformadores do Estado, os quais explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Ou seja, esses princípios irão modelar a forma como o Estado irá se organizar baseado nas concepções políticas de seus constituintes.

Dentre os princípios fundamentais da Constituição 1988, os que interessam ao artigo proposto são: os princípios definidores da forma de Estado (Federação), do regime político (Estado Democrático de Direito) e da articulação entre poderes (Separação de Poderes, com Independência e Harmonia entre eles) (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 425).

2.1. O Princípio Federativo e a Teoria da Separação de Poderes

O significado etimológico da palavra “Federação” vem de *foedus*, *foederis*, significando aliança, união, de modo que é a partir da aliança entre Estados que ela nasce (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 426).

A Federação brasileira foi inspirada pelo modelo norte-americano, originado a partir da Constituição estadunidense de 1787, com formação centrípeta ou por agregação (união através da substituição de Estados soberanos em um novo Estado com entes autônomos politicamente). Diferente àquela, a nossa Federação se originou de modo contrário. A formação centrífuga ou por desagregação (descentralização do poder dividindo-o entre mais de uma organização política) foi o modo que transformou o Estado Unitário imperial brasileiro num Estado Federal brasileiro, por meio do Decreto nº 01/1889, sendo tal forma de Estado consagrada na Constituição de 1891 e todas as demais, inclusive na atual Constituição de 1988 (arts. 1º, 18 e 60, §4º, I) (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 426-28).

O Princípio Federativo, como mencionado anteriormente, irá definir a forma de Estado. Constitui “uma união indissolúvel de organizações políticas autônomas, instituídas por uma Constituição rígida”, de modo que, os Estados Federados permanecem com suas personalidades jurídicas, mas perdem várias prerrogativas em benefício do todo (Estado Federal). Desse modo, o Estado Federal será soberano para o Direito Internacional, assim como os Estados federados são autônomos para o Direito Interno. Dentre as entidades integrantes da Federação estão: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Vale ressaltar que, a Constituição Federal de 1988 adotou, sem precedentes históricos, uma Federação única (tricotômica ou de segundo grau) pois incluiu os

Municípios na organização federal, ao lado da União e dos Estados, todas elas dotadas de autonomia política (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 426-428).

Em contra partida, vale dar destaque à Teoria da Separação de Poderes, que, assim como o Princípio Federativo, cumpre importante papel para a estrutura da sociedade democrática brasileira.

Como bem destaca Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 432):

O Poder é fato da vida social. Não há sociedade sem o Poder, haja vista que ele é imprescindível para regular a conduta do indivíduos nas suas relações entre si ou com a coletividade [...] Na sociedade política, em especial no Estado, fala-se de um Poder político, como autêntica manifestação da soberania estatal.

Esse Poder político é visto como fenômeno sociocultural uno e indivisível, uma vez que sua capacidade de exigir não pode ser fracionada, e se manifesta por meio de funções que são de três ordens: a executiva, a legislativa e a judiciária. Vale ressaltar ainda que esse fenômeno da separação de Poderes diz respeito ao fenômeno da separação das funções estatais (distribuição e controle do exercício do Poder político entre diferentes órgãos do Estado através de uma repartição horizontal do Poder) (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 432).

Assim como Aristóteles, os pensadores John Locke e Montesquieu defenderam a teoria da separação das funções estatais, mais conhecida como Teoria da Separação de Poderes, ainda que de formas particulares para cada autor. Todavia, cabe aqui se valer da ideia defendida por Montesquieu, sendo esta a que motivou a articulação de poderes vigente.

Em sua obra “O Espírito das Leis”, Montesquieu expõe ideias essenciais da organização política necessária à garantia da liberdade, de modo que a liberdade não represente fazer o que se quer, mas fazer tudo que as leis autorizam, deixando claro que tal liberdade política só se encontra nos governos moderados, mas apenas quando não se abusa do poder. Admite-se, portanto, que o homem que contenha o poder pode vir a abusar dele até que encontre limites, e que o poder só pode ser limitado por outro poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*) (MONESQUIEU, 2000, p. 166-167).

O problema, se perfaz, contudo, quando um desses poderes se encontra em coalizão com o outro (como o caso que será demonstrado nos tópicos seguintes a respeito do presidencialismo de coalizão). E ainda, quando a lei autoriza que os responsáveis por julgamentos de membros dos poderes coligados (Executivo e Legislativo) sejam escolhidos por eles mesmos. Pode-se dizer então, que de certa forma, o limite para o abuso do poder será, pelo menos, algo questionável do ponto de vista de sua legitimidade.

Para o filósofo, em cada Estado existe três tipos de Poderes, e cada um deles possui uma função diferente: o Poder Legislativo (função de legislar), o Poder Executivo (função de administrar) e o poder Judiciário (função de julgar). Com atenção para que estes três Poderes não estejam reunidos nas mãos de um único órgão ou único homem, pois, caso isso aconteça não existirá liberdade:

Se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. [...] Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 2000, p.168).

No que se refere ao Poder Judiciário, Montesquieu entendia que a função de julgar seria de responsabilidade das pessoas tiradas das camadas populares, e não por magistrados profissionais, de forma que lhes garanta a imparcialidade e o respeito do povo. Para ele, os juizes seriam meros “boca da lei”, nunca podendo ir além do que a lei prescreve, acreditando não suscitar maiores ameaças à estabilidade do sistema por ter seu papel invisível e inanimado de nuncio da lei. Enquanto isso, o Poder Executivo deveria ser confinado a apenas uma pessoa e o Poder Legislativo a muitas pessoas. Sendo assim, o Executivo, através de um mecanismo de freios e contrapesos (*check and balances*), de forma a assegurar o equilíbrio entre poderes, não deveria participar da legislação, salvo para impedir a votação de leis inexecutáveis ou contrárias ao interesse do Estado. Por outro lado, o Legislativo teria o direito de examinar como as leis criadas estavam sendo executadas (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 436).

Desse modo, o pensamento de Montesquieu influenciou a Constituição norte-americana de 1787, adotando um modelo constitucional que agregava a separação de Poderes e a ideia de controle mútuo (*check and controls*). Esta, que mais tarde veio a influenciar a Constituição brasileira (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 437).

2.2. A separação de poderes aplicada ao direito brasileiro

No Brasil, o modelo apontado por Montesquieu, aplicável pela fórmula do *check and balances*, se apresenta de modo que os órgãos do Judiciário têm o poder de controlar a constitucionalidade das leis, a constitucionalidade e legalidade dos atos normativos do poder público quando ofenderem a Constituição Federal e deflagrar o processo legislativo, com a iniciativa legislativa para certas matérias (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 440).

O Poder Executivo, em contraponto, tem o poder de vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo (quando inconstitucionais ou contrários ao interesse público), participar de certa forma do processo legislativo pela iniciativa legislativa ou pela prerrogativa de solicitar urgência na tramitação de projetos de leis de sua iniciativa e de nomear certos membros do Judiciário (vale mencionar aqui devido a conveniência, assim como será destacado mais adiante, que os mesmos membros indicados pelo Executivo e aprovados pelo Senado serão os responsáveis pelo julgamento de causas específicas envolvendo os membros desses órgãos responsáveis pela indicação e aprovação) (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 440).

Por fim, o Legislativo fica responsável por fiscalizar atos de outros poderes, emendar projetos de lei de iniciativa do Executivo, rejeitar vetos apresentados por este, apreciar as indicações do Executivo para preenchimento de determinados cargos públicos, resolver definitivamente sobre tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República com Estados estrangeiros e julgar o *impeachment* do Presidente da República, Ministros de Estado quando anexos àquele, Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Advogado Geral da União e do Procurador geral da República (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 440).

Com isso, importa salientar que o que irá determinar a independência entre os órgãos do Poder político será a predominância de uma função desempenhada por estes, e não a exclusividade do exercício dela. Além disso, ao lado das funções típicas (legislativas, executivas e judiciais) exercidas predominantemente pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente, há as chamadas funções atípicas, que são realizadas subsidiariamente por esses poderes a fim de garantir sua própria autonomia e independência, como alguns citados anteriormente: pode o Executivo legislar ao editar atos normativos como o de medidas provisórias, o Legislativo julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade e administrar no que se refere aos seus próprios órgãos e o Judiciários legislar ao elaborar seu regimento interno e administrar, assim como o Legislativo, no que tange seus órgãos, serviços ou servidores (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 440).

A separação de Poderes, entretanto, varia de acordo com cada ordenamento jurídico em particular, ela não é a mesma no ordenamento jurídico norte-americano em face da portuguesa ou alemã, nem na francesa ante a ordem jurídica brasileira ou inglesa, sendo um “princípio constitucional concreto”. Há, todavia, um consenso universal sobre a matéria: “a separação de Poderes, em virtude de sua essência e finalidade, preside à distribuição de funções entre os vários órgãos do Estado, estabelecendo o equilíbrio político e a limitação do Poder, com vistas a proteger a liberdade e o bem comum” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 441-42).

3. O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO BRASILEIRO E A CRISE NO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO

O presidencialismo teve sua origem na Constituição americana de 1787, a partir da ideia de consagração de um Executivo independente do Legislativo, como o pensado por Montesquieu. No Brasil, esse regime político passou a ser adotado desde a República em 1889, permanecendo até os dias de hoje em que o Presidente da República é eleito juntamente com seu Vice por meio das eleições. Desse modo, o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos tomará posse do mandato junto com seu Vice no dia 1º de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição, por um mandato fixo de 4 anos (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 877-880).

No caso do Congresso Nacional, para os senadores, assim como para os Presidentes da República, de quatro em quatro anos as eleições acontecem, apesar de o mandato ser de oito anos, e a Casa se renova, alternadamente, em um terço e dois terços, entre as 81 cadeiras disponíveis. Será o vencedor aquele que também obtiver a maioria absoluta dos votos (SENADO, 2014). Mas, são nas eleições dos deputados que as coisas tendem a se tornar mais complexas tendo em vista o sistema como eles são eleitos, de quatro em quatro anos.

De forma breve, para as eleições da Câmara é necessário saber primeiramente quais os partidos e coligações mais votados para depois se apontar os candidatos eleitos. O cálculo é feito com base no n° total de votos válidos, sendo estes divididos pelo n° de cadeiras disputadas na Câmara gerando o quociente eleitoral (QE). Para que os partidos ou coligações obtenham pelo menos 1 vaga eles precisam alcançar o QE, fruto da divisão anterior. Para descobrir a quantidades de cadeiras deve-se calcular o quociente partidário (QP) que se divide o n° de votos que cada partido ou coligação recebeu pelo quociente eleitoral (QE). Caso sobre alguma vaga, esta restante será remanejada através da divisão do n° de votos de cada grupo partidário ou coligado pelo n° de vagas já obtidas somadas a quantidade de vagas que sobraram. Ganha quem tiver o maior resultado. Ao descobrir a quantidade de cadeiras para cada um seus partidos ou coligações, eles poderão distribuir aos seus candidatos da forma que bem entenderem (ROSA, 2017). O objetivo desse sistema é fazer com que as urnas sejam reflexo do tamanho das correntes políticas que disputam a eleição. Entretanto, esse sistema eleitoral é alvo de críticas pois permite que candidatos muito bem votados percam a vaga para outros que receberam poucos votos (SENADO, 2014).

Apenas uma característica, associada à experiência brasileira, ressalta como uma singularidade: o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”, organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, “presidencialismo de coalizão” (ABRANCHES, 1988, p. 15).

Foi dessa forma que Sérgio Abranches introduziu o termo “presidencialismo de coalizão” em 1988, e, como bem explica Antônio Carlos Pojo do Rego (2015, p. 54), se trata de uma forma de “condução da administração pública” em que, a partir de um consenso político, postos administrativos são distribuídos entre membros de diversos partidos políticos. Ou seja, trata-se de uma “troca” de cargos e empregos por apoio político entre o Presidente da República e os membros dos partidos, “na esperança de obter a maioria parlamentar”.

Contudo, essa é uma linha muito tênue, pois, a coalizão pode liquidar-se pelas divergências política econômica e sociais, dificultando a implementação de ações por parte do governo, a administração de programas e alocação de recursos. Pode ainda, comprometer as bases principais de sustentação do governo, ocasionando a polarização e a radicalização (ABRANCHES, 1988, p. 29). Esses fatores podem ser considerados alguns dos efeitos sucedidos durante o governo Dilma, principalmente entre os anos de 2014 e 2016.

Como tem acontecido atualmente, apesar do poder decisório permanecer com o Presidente da República, o Congresso Nacional (especialmente os partidos políticos da “base de apoio” parlamentar) exerce significativo grau de influência na condução da política governamental e da gestão da sua administração (REGO, 2015, p. 54). Desse modo, fica claro que, em qualquer decisão que venha a ser tomada pelo Chefe do Executivo, esta terá respaldo na ideologia política de seu próprio partido, assim como a devida observância sobre de que maneira essa decisão poderá afetar os seus aliados políticos. Pois, caso sua deliberação seja contrária ou sem sustento da sua “base de apoio” coligada é bem provável que sucedam prejuízos à governabilidade, assim como a falta de assistência em casos polêmicos e de grande importância.

Como fonte de exemplo eis uma referência à coligação da Presidente Dilma de 2014. Durante as eleições desse mesmo ano, Dilma (PT), juntamente com seu Vice Michel Temer, se coligou com o PMDB, PSD, PP, PR, PROS, PDT, PC do B e PRB. Entretanto, no decorrer do seu mandato, se mostrou clara a sua impopularidade, tanto no âmbito social quanto no político, em decorrência das medidas adotadas em seu governo, que inflamou ainda mais a

crise no sistema político. Sendo assim, no que tange as votações do *impeachment* na Câmara dos Deputados, a grande maioria de seus principais coligados abandonaram o apoio ao partido e, conseqüentemente, a Presidente da República. Foram contabilizados: no total de 67 deputados do PMDB, 59 a favor do *impeachment*, e dentre 19 senadores, 17 com o mesmo direcionamento; no PP no total de 45 deputados, 38 a favor, e 6 também a favor no senado, em um total de 7; e no PSD entre 37 deputados, 29 foram a favor, e entre 4 senadores 3 também pró *impeachment* (G1, 2016; ESTADÃO, 2017).

Ainda como fator essencial e agravante à crise no sistema político temos a “Lava Jato”. A operação Lava Jato diz respeito a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já operou. Imerso no esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobrás, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagam propina para altos executivos da empresa e outros agentes públicos em contratos bilionários. E esse foi só o começo da série de envoltimentos políticos (MPF, 2017, p. 1).

Dentre as suas diversas linhas de investigação, em março de 2015 deu-se abertura a apuração de fatos em inquéritos criminais envolvendo agentes políticos, com pelo menos 55 pessoas (entre as quais 49 possuem foro especial por prerrogativa de função, ou melhor dizendo “foro privilegiado”) (MPF, 2017, p. 2). Vale destacar que, de acordo com a Constituição Federal art. 102, I, “b”, dentre os que possuem prerrogativa constitucional do “foro privilegiado” estão: o Presidente e o Vice-Presidente da República e os membros do Congresso Nacional, que serão julgados pelo STF nos crimes comuns (“os previstos no Código Penal e leis extravagantes” (FREITAS, 2017, p. 2)), como no caso da corrupção e lavagem de dinheiro (MPF, 2017, p. 2).

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A LEGITIMIDADE NA ESCOLHA DE SEUS MINISTROS

Recentemente, uma fatalidade assolou o Judiciário brasileiro: a morte, decorrente de um desastre aéreo, no dia 19 de janeiro de 2017, acarretou na morte de um dos Ministros do STF e relator da Operação Lava Jato: o até então Ministro Teori Zavascki (REDA-

ÇÃO, 2017). Em vista disto, uma vaga ocorreu em aberto ao cargo, dependendo de uma nova nomeação para o prosseguimento das investigações.

Deve-se lembrar que, originariamente, de acordo com a Constituição Federal brasileira (art. 101, *parágrafo único*), a escolha dos Ministros do STF decorre da indicação do nome pelo Presidente da República, que deve ter a aprovação da maioria absoluta do Senado Federal.

Sendo assim, a solução recentemente proposta foi a nomeação, feita por Michel Temer, do atual Ministro e, conseqüentemente, jogador da Lava Jato: Alexandre de Moraes.

Entende-se por legitimidade “o atributo normativo” que relaciona a norma jurídica a um valor socialmente aceito de justiça. Logo, “a norma jurídica é considerada legítima, quando a maioria da sociedade a considera justa, em dadas circunstâncias histórico-culturais” (SOARES, 2015, p.26). Tendo em vista a crise instaurada no nosso sistema político, a cada dia que passa, a população se assusta com números cada vez maiores de investigados, citados, acusados e várias outras espécies de “ados” na esfera judiciária. Além disso, a existência de diversas manifestações populares sob várias justificativas, incluindo as que tangem à corrupção política brasileira.

Portanto, pode-se dizer que a sociedade se encontra, em grande parte, descrente de que as medidas tomadas pela maioria dos agentes políticos sejam feitas a garantir justiça. É mais provável que essas normas estabelecidas em lei se transformem em formas “legitimadas” pelo Estado para conferir a esses agentes uma máquina de produção de decisões públicas com base em interesses particulares. Cabe aqui, portanto, a clássica frase difundida no senso comum: “nem tudo que é legal é legítimo”.

Por isso, tendo em vista a Teoria da Separação de Poderes, assim como o regime presidencialista, a crise que assola o sistema político brasileiro juntamente às investigações que estão sendo feitas, em especial, com a participação do STF no julgamento dessas ações, sobre membros e ex-membros do Poder Executivo e Legislativo, demonstra que a forma “harmônica e independente” estabelecida no art. 1º da Constituição Federal brasileira está, em parte, ultrapassada. Isto, simplesmente pelo fato de que não é legítimo

que seja conferido aos próprios investigados, e muitas vezes a réus em investigações federais, o poder de escolha sobre seu potencial “juiz”, ou melhor, Ministro, nas causas de interesses próprio (sob pena de ferir o princípio do juiz natural).

Como, sob a ótica da legitimidade, é possível que em um país estruturado essencialmente por um “presidencialismo de coalizão” e uma ordem política falha e corrupta se valha da possibilidade da escolha dos Ministros responsáveis por seus julgamentos, sendo elas investigadas nas mais diversas esferas judiciais?

Cabe aqui destacar que não é o objetivo desse artigo a defesa da exclusividade da função estatal sem a possibilidade de participação secundária de qualquer órgão, já que isso viria a acarretar uma separação absoluta de funções levando a um isolamento entre estas, a ausência de colaboração e ainda de limitações recíprocas (freios e contrapesos) como bem esclarece Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 440).

O objetivo aqui se revela ao se tentar encontrar uma solução alternativa ao problema que beira a ilegitimidade no que diz respeito à exclusividade dos membros do Poder Executivo e Legislativos poderem escolher e decidir quem irá compor um Tribunal responsável pelo julgamento dos seus próprios membros executivos e legislativos. Concerne à separação de Poderes aplicada ao direito brasileiro, portanto, uma revisão nesse aspecto para melhor adequar-se ao fenômeno político vivido.

5. ALGUMAS NOTAS SOBRE DIREITO COMPARADO

Em vista do problema apontado sobre a ilegitimidade da escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal à luz do presidencialismo de coalizão e a atual crise no sistema político brasileiro, coube aqui a busca por uma forma alternativa que possa amenizar tal dilema. Logo, a intenção não é buscar um modelo perfeito e absoluto, pois, dentre os países que serão analisados, os seus sistemas de governos são diversos do sistema brasileiro (presidencialismo): Itália, parlamentarismo (ITÁLIA, art. 55) e Portugal, semipresidencialismo (PORTUGAL, arts. 108 e 110°).

Na Itália, a Constituição de 1947, vigente atualmente, foi a que, pela primeira vez, instaurou um sistema de justiça consti-

tucional. A composição da sua Corte constitucional se dá por 15 membros, sem divisão em Câmaras, sendo os juizes escolhidos proporcionalmente por: um terço pelo Parlamento, um terço pelo Presidente da República e um terço pelas magistraturas supremas ordinárias e administrativas (ITÁLIA, art. 135, p. 311).

Como bem explica Louis Favoreu (2004, p. 78), a designação feita pelo Parlamento decorre de uma reunião entre duas câmaras, pela maioria de dois terços dos membros que compõem a assembléia, nos dois primeiros turnos e pela maioria de três quintos, nos turnos subsequentes. Dessa forma, destaca que “a maioria qualificada foi decidida para evitar que os juizes sejam designados por uma simples maioria governamental”, situando os magistrados acima dos partidos políticos.

Nesse ponto, tem-se solucionado em parte o problema proposto. Apesar do quórum exigir que partidos com menor representatividade política tenham um papel relevante na decisão, “rompendo” com a predominância dos “partidos maiores”, ainda sim, sobre análise do contexto brasileiro, por se tratar de um esquema de coalizão, os partidos que possuem maiores influências no governo poderiam facilmente se valer de artifícios políticos para atrair esses “pequenos partidos” ao encontro de seus interesses.

Bem verdade que, como ressalta o autor, analisando sobre o aspecto pragmático, a designação dos juizes não deixa de ser “fruto de acordos ou compromissos políticos entre os diferentes partidos”. Por isso, as primeiras indicações da época ficaram bloqueadas por um período de oito anos, já que a Democracia Cristã buscava o apoio dos socialistas e dos comunistas, o que aconteceu apenas em 1955 (FAVOREU, 2004, p.78).

Já no que diz respeito à escolha pelas magistraturas, elas decorrem da seleção de três juizes feitas pela Corte de Cassação, de um pelo Conselho de Estado e um pela Corte de Contas. Elas acontecem após a eleição realizada pelas comissões formadas na porção principal de cada alta jurisdição, composta pelo Presidente e por alguns altos magistrados (FAVOREU, 2004, p.78). Esta, em tese, poderia se dizer ser a alternativa de escolha que mais se resguarda de influências de cunho político.

Como o Brasil não se vale dessas Cortes e Conselho, poderia ficar resguardado ao Conselho Nacional de Justiça, composto por 15

membros, a votação dos Magistrados, já que cabe a esse órgão, dentre várias outras alternativas, fazer com o que os magistrados cumprem com o seus deveres e zele pela autonomia do Poder Judiciário assim como pela legalidade de seus atos (BRASIL, art. 103-B, §4º).

Vale ressaltar ainda que, no que tange ao Presidente da República, este o faz a partir da escolha de cinco membros, “sem proposição do governo” (FAVOREU, 2004, p.78). Logo, ocorre uma divergência com o que acontece no Brasil, já que aqui a indicação dos nomes é feita dependendo de aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (BRASIL, 1988, art. 101, parágrafo único). Nesse aspecto, pode-se dizer então que, caso aplicado no contexto atual, acarretaria em uma “ruptura” sutil da coalizão formada anteriormente, tendo em vista que a escolha feita pelo Chefe do Executivo se daria de forma “mais independente”.

A verdade, entretanto, é que, apesar dessa independência concedida pela Constituição italiana, as motivações políticas, ainda que em menor grau, também são levadas em consideração tanto nesse aspecto como no da escolha pelas magistraturas (FAVOREU, 2004, p.78), apesar de ainda sim serem bem menores em comparação com o procedimento brasileiro.

De outro modo, contudo, se vale o Tribunal Constitucional português. O Tribunal em destaque é composto por 13 juízes, sendo 6 escolhidos entre os juízes de outros tribunais, obrigatoriamente, e o restante escolhidos entre juristas (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGAL, 2017, p. 4). Tendo em vista que o sistema de governo adotado por Portugal é diverso do adotado pelo Brasil, da mesma forma se vale a designação de seus juízes.

A partir da revisão constitucional realizada pela Assembleia da República (órgão legislativo, unicameral) em 1982, foi instaurado o Tribunal Constitucional português parecido com o modelo europeu, em 1983 (FAVOREU, 2004, p.113). A designação de seus juízes é realizada de duas formas: no que tange à Assembleia da República são eleitos 10 juízes, sendo necessário o voto a favor de uma maioria qualificada de dois terços dos Deputados presentes (“desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções”), assegurando um consenso representativo de todos os cidadãos portugueses. Os restantes (3) são cooptados

(escolhidos) pelos 10 juizes eleitos pela Assembléia da República, devendo “obter um mínimo de 7 votos na mesma votação” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGAL, 2017, p. 4).

Sendo assim, de forma semelhante como a da escolha estabelecida pela Corte italiana, a designação portuguesa requer um quórum de 2/3 dos votos de seus representantes. Dessa forma, impede-se que, caso o governo coligado possua a maioria de seus representantes, ainda sim seja necessário o suporte de outros partidos políticos. Por exemplo: no caso do Senado brasileiro, composto por 81 membros, tomando como base a coalizão da chapa Dilma-Temer em 2014, na qual os partidos foram PMDB, PSD, PP, PR, PROS, PDT, PC do B e PRB, por maioria absoluta (41), como é estabelecido no art. 101, parágrafo único da Constituição Federal (“depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”), a soma de seus representantes (49) acarretariam a aprovação direta dos nomes escolhidos sem sequer a necessidade de consulta ou apoio dos demais partidos. Enquanto que, o quórum de 2/3 (54), ainda que de forma ínfima, estaria sujeito ao apoio dos demais partidos (D’AGOSTINHO, 2014).

Ademais, contando ainda com a crise no sistema político, essa forma de escolha se tornaria mais legítima pela cooptação feita pelo restante dos juizes. Apesar de que, pode-se ainda aludir sobre legitimidade desses juizes na escolha de outros juizes (mas que não é o objeto em foco nesse artigo).

Assim, as alternativas propostas com base no direito italiano e no português viriam a enfraquecer a predominância total da escolha dos Ministros do Supremo por um grupo coligado, possibilitando a entrada de outros elementos afim de tornar a designação proposta pela Constituição Federal mais legítima.

6. CONCLUSÃO

Apesar de se entender que todas as pessoas em certos momentos da vida passam por situações nas quais adquirem experiências e formam concepções sobre determinados aspectos, não se objetiva aqui implicar que o magistrado deve ser livre de qualquer dessas pré-concepções, até porque elas são inerentes ao próprio ser. Mas que, além de suas crenças, a própria política em si atuante

em determinado contexto histórico não seja capaz de qualquer forma vir a influenciar direta ou indiretamente esses magistrados. Por isso, se assenta aqui o problema relacionado à ilegitimidade da escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República sob à luz do presidencialismo de coalizão e a crise no sistema político brasileiro.

Sendo o objetivo de amenizar a tensão no que diz respeito a legitimidade dessa designação feita pelo Chefe do Executivo atrelado a participação do Senado, buscou-se, pontualmente, no direito italiano e português uma saída.

Como dito anteriormente, a solução proposta aqui não é absoluta nem perfeita já que ambos países lidam com seus próprios problemas institucionais e possuem sistemas diferentes do brasileiro. Cabe aqui apenas duas alternativas entendidas, de certa forma, como viáveis, em graus diferentes, no que se refere ao contexto social, jurídico e político atual.

No direito português, ficou estabelecido que a Assembléia da República, o equivalente do Congresso Nacional no Brasil, seria a responsável pela escolha de 10 juizes e eles ficariam responsáveis pela cooptação de mais 3 juizes. Dentre eles, 6 deveriam ser juizes de outro tribunais e o restante (7) sendo juristas.

A forma de votação pela Assembléia, diferente da imposta no Brasil (maioria simples), é a de 2/3 dos seus representantes. Logo, essa forma impediria que um grupo que exerce uma maior representatividade no governo pudesse eleger, de forma independente, os magistrados. Pode-se dizer ainda que, como no Brasil, para se ter a priori o título de juiz é necessário que se realize um concurso público, dentre os que seriam escolhidos com essa função (10) seriam escolhidos com base na meritocracia, assim como os 3 restantes cooptados por estes. Mas, vale a crítica de que, apesar de reduzir a atuação “independente” dos partidos políticos brasileiros, ainda sim eles poderiam se valer de juizes que tivessem suas decisões inclinadas para suas ideologias políticas. Ademais, reter o poder nas mãos de apenas um Poder como o Legislativo não solucionaria, de qualquer forma, a ilegitimidade na designação dos Ministros do Supremo, já que muitos dos membros de suas casas (Senado Federal e Câmara de Deputados) fazem parte das investigações e ações criminais.

Já o direito italiano, se utilizou de um modelo de escolha em que todos os três Poderes pudessem intervir na decisão da composição dos 15 membros de sua Suprema Corte, diferentemente da soberania de apenas uma casa do Legislativo (Senado) e do Executivo (Presidente da República) – os principais alvos de investigações federais brasileiras, contando com a Câmara de Deputados. Além disso, a forma de votação designada faz com que de certo modo, os partidos políticos com maior representatividade não possam tomar as decisões de maneira independente, assim como no direito português, tendo em vista o quórum estabelecido e os turnos de votação. Ademais, procurou-se manter uma independência do Presidente da República no que se trata do governo, impedindo sua proposição, e concedeu ao Judiciário (magistraturas supremas ordinárias e administrativas) a possibilidade de participação e escolha decisória na designação dos seus juizes da Suprema Corte.

Sendo assim, no Brasil, remetendo a possibilidade de escolha ao Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista que alguns dos outros tribunais (por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça) também decorrem do processo de escolha pelo Presidente da República com aprovação do Senado (apesar do Presidente escolher com base em uma lista anteriormente estabelecida), é o órgão que poderia trazer um maior grau de legitimidade à composição do Supremo Tribunal Federal já que, mesmo contando com um voto do próprio Presidente do Supremo, este estaria apenas a critério desempate em relação aos outros 14 votos (um de cada membro).

Desse modo, se valendo da abrangência decisória em maior escala aos três Poderes concedida pelo direito italiano, entende-se ser este o que tem grau superior de viabilidade para a solução do problema acerca da ilegitimidade.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: O dilema institucional brasileiro **Revista Dados**. Rio de Janeiro: v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34 Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3047753/mod_resource/content/1/Texto%20Sérgio%20Abanches%20presidencialismo%20de%20coalizão.pdf> Acesso em: 9 maio 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2015.

D'AGOSTINHO, Rosane. PT e PMDB encolhem, mas mantêm maiores bancadas; PSDB cresce. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/blog/eleicao-em-numeros/post/pt-e-pmdb-encolhem-mas-mantem-maiores-bancadas-no-congresso-psdb-cresce-na-camara.html>>, out. 2014. Acesso em: 21 maio 2017.

ESTADÃO. **Votação final do Impeachment**. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/public/politica/placar-do-impeachment-senadores/votacao-final/>>. Acesso: 9 maio 2017.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais. Tradução Dunia Marinho Silva**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. Foro privilegiado: a ineficiência do sistema. **Revista online da IBRAJUS**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=23>>. Acesso: 9 maio 2017.

G1. **A votação do impeachment na Câmara**. abr. 2016. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/politica/2016/processo-de-impeachment-de-dilma/a-votacao-do-impeachment-na-camara/>>. Acesso em: 9 maio 2017.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Disponível em: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 12 maio 2017.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco**. 2. tiragem., São Paulo: Matins Fontes 2000.

MPF. **Entenda o caso**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 9 maio 2017

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2017.

REDAÇÃO. Morte de Teori Zavascki expõe STF e articulação do Planalto. **Carta Capital**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/morte-de-teori-zavascki-expoe-stf-e-articulacao-do-planalto>>. Acesso em: 10 maio 2017.

REGO, Antônio Carlos Pojo do. *In*: PEIXOTO, João Paulo M. (Org.) **Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento**. <<http://livraria.senado.leg.br/presidencialismo-no-brasil-historia-organizac-o-e-funcionalismo.html>> Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 53-70. Acesso em: 9 maio 2017.

ROSA, Pedro Luiz Barros Palma da. Como funciona o sistema proporcional? **Revista eletrônica EJE**. n. 5, ano 3. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-e-je-n.-5-ano-3/como-funciona-o-sistema-proporcional>>. Acesso em: 8 maio 2017.

SENADO. **7 - Qual o tempo de mandato e qual a forma de eleição dos senadores?**. Edição 484 - 9/9/2014 - Eleitor Cidadão. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/cidadania/edicoes/484/7-qual-o-tempo-de-mandato-e-qual-a-forma-de-eleicao-dos-senadores,2014>>. Acesso em: 8 maio 2017

SENADO. **8 - Qual o tempo de mandato e qual a forma de eleição dos deputados?**. Edição 484 - 9/9/2014 - Eleitor Cidadão. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/cidadania/edicoes/484/7-qual-o-tempo-de-mandato-e-qual-a-forma-de-eleicao-dos-senadores>>. Acesso em: 8 maio 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGAL. **Tribunal Constitucional: o que é/ para que serve/ como funciona**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/tc_ebook_30anos/files/assets/common/downloads/TC_30Anos.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.