

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 04 | 2010.1





Cadernos de Iniciação Científica

Nº 04 | 2010.1

Salvador, Bahia

ISSN: 2176-0039

Capa:

Amanda da Silva Gonçalves

Diagramação:

Maitê Coelho
(maitescoelho@yahoo.com.br)



Av. Visconde de Itaborahy, 989
Amaralina – Salvador – Bahia – Brasil
Cep: 41.900-000
Tel. (71) 3205-7707
www.faculdadebaianadedireito.com.br

Sumário

Capítulo I	
OS PRINCÍPIOS PENAIS E A TIPICIDADE GARANTISTA ...	9
<i>Gabriela Oliveira Moreira</i>	
1. Introdução	12
2. Princípios	13
2.1. Legalidade	17
2.2. Intervenção Mínima	18
2.3. Fragmentariedade	21
2.4. Proporcionalidade e Razoabilidade	21
2.5. Ofensividade	22
2.6. Insignificância.....	25
3. Conceitos básicos	29
3.1. Tipicidade Conglobante	29
3.2. Teoria da Imputação Objetiva.....	32
4. Tipicidade garantista	36
5. Conclusão.....	38
Referências bibliográficas.....	42
Livros	42
Site.....	43
Anexo	43
Capítulo II	
A MUDANÇA NOS MARCOS DE REPRESENTATIVIDADE	
E UM NOVO PARADIGMA PARA REPRESENTAÇÃO	
POPULAR NA CÂMARA DE VEREADORES.....	45
<i>Larissa Andrade Teixeira Brandão</i>	
1. Introdução	47
2. Representatividade política, funções	
e surgimento dos vereadores	49

3. Novos limites do número de vereadores adotados pela Constituição Federal e seus reflexos	53
4. Novo paradigma para representação popular nas Câmaras de Vereadores	68
5. Considerações finais	74
Referências	76

Capítulo III

AS RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS E O TERCEIRO DE BOA-FÉ: UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA E CONCUBINATO CONSENTIDO.....

79

Marcus Vinícius Barreto Serra Júnior

1. Introdução	82
2. Famílias exemplificativas: interpretando o art. 226 da Constituição Federal	83
2.1. Conceito de Família	83
2.2. Constitucionalização do Direito Civil: o Direito das Famílias visto sob outro prisma	86
2.3. Monogamia: Princípio ou Valor Moral?	89
3. Noções fundamentais.....	91
3.1. União Estável.....	91
3.1.1. Conceito.....	91
3.1.2. Características	94
3.1.3. Regime de Bens.....	98
3.2. Concubinato	100
3.2.1. Conceito.....	100
3.2.2. União Estável Putativa	101
3.2.3. Semelhanças com a União Estável.....	103
4. O concubinato e os seus efeitos	108
4.1. Considerações Iniciais.....	108
4.2. Teorias.....	109
4.2.1. Negativa de Direitos aos Concubinos	109
4.2.2. Concubinato em Sede Obrigacional	111
4.2.3. Efeitos Familiares ao Concubinato	115
5. Conclusão.....	117
6. Referências bibliográficas.....	117

SUMÁRIO

Capítulo IV

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

NO DIREITO BRASILEIRO: REFLEXÕES 121

Rudá Cintra Coutinho

1. Introdução 123
2. Constitucionalização do Direito Civil 125
 - 2.1. Axiologia e a presença do juiz 127
3. Adimplemento substancial
e sua consonância com a boa-fé objetiva 130
4. Recepção do adimplemento substancial pelo Direito
Processual brasileiro do adimplemento mínimo 136
- Conclusão 140
- Referências 141

Capítulo V

O PÚBLICO E O PRIVADO NO CARNAVAL

DE SALVADOR: A NECESSIDADE

DE UMA PONDERAÇÃO DE BENS E INTERESSES 145

Taciana Santos Sampaio

1. Introdução 148
2. Breve histórico 150
 - 2.1. O surgimento do carnaval
e suas características fundantes 151
 - 2.2. A atual configuração do carnaval de Salvador:
o embate de interesses públicos e privados e de
princípios constitucionais 156
3. Críticas e méritos do “Estatuto do Carnaval” 168
4. A ponderação de interesses
e seus problemas de aplicação no Brasil 175
5. Conclusões 181
- Referências 182



Capítulo I

Os princípios penais e a tipicidade garantista

Gabriela Oliveira Moreira

Estudante de Direito da Faculdade Baiana de Direito
e Gestão e estagiária-pesquisadora do Núcleo de Pesquisa
e Extensão da Faculdade Baiana de Direito e Gestão



Os princípios penais e a tipicidade garantista

Resumo: Os princípios penais fundamentais e a tipicidade garantista são institutos de proteção dos direitos e interesses do cidadão, melhor dizendo, são garantias de que dispõem o cidadão contra a ingerência do poder punitivo estatal.

Os princípios fundamentais penais, sobretudo os explícitos constitucionalmente, carecem de observância integral. Entretanto, são alarmantemente ignorados.

A tipicidade garantista, apesar de ser uma tendência moderna, ela é construída a partir de conceitos básicos que deveriam, desde sempre, serem observados, quais sejam: tipicidade conglobante e teoria da imputação objetiva.

A inobservância destas garantias deixa o cidadão muito exposto ao arbítrio estatal, que invade com seu braço armado (direito penal), a esfera de direitos do cidadão arrancando deste, seus direitos mais fundamentais como liberdade, patrimônio, vida digna...

Mas não tão-somente, o Estado quando não segue esses ditames, prejudica a si próprio, pois causa: inchaço legislativo, acúmulo de processos, custos financeiros, perda de tempo e, ao final, ainda recebe o descrédito dos seus regidos cidadãos.

Sumário: 1. Introdução – 2. Princípios: 2.1. Legalidade; 2.2. Intervenção Mínima; 2.3. Fragmentariedade; 2.4. Proporcionalidade e Razoabilidade; 2.5. Ofensividade; 2.6. Insignificância – 3. Conceitos básicos: 3.1. Tipicidade Conglobante; 3.2. Teoria da Imputação Objetiva – 4. Tipicidade garantista – 5. Conclusão – Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico trata da nova tendência da tipicidade moderna, que é a Tipicidade Garantista enriquecida com o viés principiológico do garantismo penal.. Esse estudo é fruto de inquietações a respeito da inobservância de princípios fundamentais de direito penal, da Tipicidade Conglobante e da Teoria da Imputação Objetiva por parte do Estado, levando ao Judiciário uma sobrecarga de processos desnecessários e limitações ofensivas à esfera de direitos do cidadão.

O objetivo dessa pesquisa bibliográfica é explicitar em que medida o Estado vem interferido negativamente nos direitos constitucionais fundamentais do cidadão ao não dar a devida atenção a Tipicidade Conglobante e a Teoria da Imputação Objetiva, desrespeitando também através disso, os princípios que lhe legitimaram como agente detentor exclusivo do poder de punir.

Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como:

“(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se

irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

Em respeito ao axioma proferido por ele, o primeiro capítulo de desenvolvimento será dedicado aos princípios, os quais sustentam o viés garantista, as-securatório, da nova tipicidade.

A Tipicidade Garantista nasce da congregação de aspectos da Tipicidade Conglobante e da Teoria da Imputação Objetiva, sendo, portanto, necessário o estudo individualizado dessas teorias, além de outros conceitos básicos no terceiro capítulo.

Ao final, a Tipicidade Garantista será analisada mais minuciosamente, e será ao longo do escrito correlacionada a posicionamentos da doutrina dominante e a julgados do Superior Tribunal Federal.

2. PRINCÍPIOS

A palavra princípio, em sua origem latina, significa “aquilo que se toma primeiro” designando, portanto, o início, o ponto de partida. Nada mais natural então, que se comece este trabalho científico – usando a descrição de princípio de Celso Antônio Bandeira de Mello - pelos mandamentos nucleares do sistema.

A Ciência Política nos ensina, seguindo a corrente majoritária dos contratualistas, cujo precursor foi Rousseau, que o povo legitimou o Estado para aplicar a pena, ao abrir mão de parte de sua liberdade para

obter segurança. Contudo, o Estado deveria seguir alguns preceitos, melhor dizendo, deveria seguir alguns mandamentos gerais denominados princípios. Os princípios, então, possuem essa função de limitar o poder punitivo do Estado preservando a esfera de direitos do cidadão.

Os princípios limitadores do poder punitivo estatal, segundo Cezar Roberto Bitencourt, também poderiam ser chamados de princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou, princípios fundamentais de direito penal de um estado social e democrático de direito, isso porque esses princípios são garantias do cidadão contra o poder punitivo do Estado e estão resguardadas, explícita ou implicitamente, pela Constituição Federal de 1988.

A respeito desses princípios reguladores do controle penal, Bitencourt diz que eles “têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista”.

Rogério Greco complementa:

O legislador não é completamente livre para criar, ao seu alvedrio, as figuras típicas, devendo se submeter aos princípios informadores do Direito Penal. Não basta querer, segundo a sua própria vontade, proibir ou impor comportamentos sob a ameaça de uma sanção de natureza penal, pois que, nos dias de hoje, se exige algo muito mais além do que o seu próprio “capricho”. (GRECO. p.6. vol. 2)

OS PRINCÍPIOS PENAIS E A TIPICIDADE GARANTISTA

Então o legislador deve observar os princípios penais fundamentais, já que eles o limitam. Afinal, o tipo penal criado sem a observância desses princípios será inválido.

Acontece que esses princípios limitadores do poder punitivo estatal, ainda que observados pelo Legislativo, são, muitas vezes, inobservados ao tempo da aplicação da norma por outra esfera de poder estatal, o Judiciário. São inúmeras as ações penais que chegam ao STF para julgamento, sendo que poderiam ter sido trancadas em primeira instância ao observar os princípios que regem o direito penal. Ações como essas importam em desnecessários custos temporais e financeiros para o próprio Estado.

A exemplo disso tem-se o Habeas Corpus 92438/PR:

HC 92438 / PR - PARANÁ
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 19/08/2008
Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008

EMENT VOL-02346-04 PP-00925

Ementa

EMENTA: HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS

DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI N° 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDOTA. **INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL.** AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com o artigo 20 da Lei n° 10.522/02, na redação dada pela Lei n° 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da **legalidade**. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da **subsidiariedade**, da **fragmentariedade**, da **necessidade** e da **intervenção mínima** que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante n° 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal.

A doutrina elenca vários princípios penais fundamentais que compõem o filtro para o poder de punir do Estado, dentre eles estão: Legalidade, Intervenção Mínima, Fragmentariedade, Culpabilidade, Huma-

nidade, Irretroatividade da Lei Penal, Adequação Social, Ofensividade, Proporcionalidade, Razoabilidade, Insignificância, Necessidade, Pessoalidade, etc. Ao longo desse artigo analisaremos alguns desses princípios..

2.1. Legalidade

O princípio da legalidade ou princípio da reserva legal é aquele que nos ensina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal” (CF/88, art. 5º, XXXIX). Dessa forma, a um fato praticado antes da lei penal incriminadora não se pode aplicar pena, porque não era - a época do fato - crime.

A conduta proibida por lei deve ser definida com precisão, pois, se pouco clara, não protege o cidadão da arbitrariedade do poder de punir do Estado.

A respeito do princípio da legalidade, das leis vagas, indeterminadas e imprecisas, Cezar Roberto Bitencourt se pronuncia:

Não se desconhece que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de indeterminação, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem varias interpretações. O tema ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente “conceitos que necessitam de complementação valorativa”, isto e, não descrevem efetivamente a conduta proibida, requerendo do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações a segurança jurídica e ao princípio da reserva legal. Não se desconhece, no entanto, que o legislador não pode abandonar por

completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas cláusulas gerais valorativas, de outro lado, além do que a indeterminação será inconstitucional. (BITENCOURT, p 11)

O princípio da reserva legal, segundo Bitencourt, também exige a tipificação das conseqüências jurídicas (especialmente a pena e a medida de segurança), pois sem elas o cidadão não tem como saber como poderá ser atingido.

2.2. Intervenção Mínima

Este princípio também é conhecido como *Ultima Ratio*. Dispõe que antes de recorrer ao direito penal deve-se esgotar todos os meios extra penais de controle social. As lesões mais leves devem ser objeto do direito civil, administrativo, enfim, outros ramos do direito que não o penal. Este, por ser de todos, o ramo mais violento, só deve ser buscado quando não houver alternativa, interferindo, assim, o mínimo possível na vida em sociedade.

Rogério Greco, discorrendo sobre a Intervenção Mínima como princípio penal fundamental, diz:

(...) o primeiro princípio a ser observado deverá ser o da intervenção mínima, coração, por assim dizer, do chamado Direito Penal Mínimo. Por meio dele, o legislador somente poderá fazer a escolha dos bens considerados de maior importância, devendo observar, ainda, a sua natureza subsidiária, ou seja, o entendimento em virtude do qual se nunca chega à conclusão de que o direito penal deve ser sempre a *ultima ratio*, e nunca a *prima* ou *solo ratio*, uma vez que se os demais ramos do ordenamento jurídico forem fortes o suficiente na proteção de determinado bem jurídico, é preferível que o direito penal não intervenha, preservando-se o *status libertatis* do cidadão. (GRECO; p.7; vol. 2)

Cezar Roberto Bitencourt também a respeito do princípio da intervenção mínima declara:

O princípio da intervenção mínima também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, p. 13)

A título de ilustração, uma aplicação prática do princípio da intervenção mínima:

HC 95749 / PR - PARANÁ
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. EROS GRAU
Julgamento: 23/09/2008
Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008

EMENT VOL-02340-04 PP-00708

RTFP v. 17, n. 84, 2009, p. 364-366

Ementa

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. Crime de descaminho. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade. 2. **É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado.** Neste caso se impõe a aplicação do principio da insignificância. Ordem concedida.

2.3. Fragmentariedade

A palavra fragmentariedade vem de fragmento, que segundo o dicionário Aurélio significa: parte de um todo; pedaço; fração. O princípio penal da fragmentariedade é aquele que dispõe que ao ramo penal caberá apenas um fragmento, pequeno, para proteger de todos os bens jurídicos. Logo, nem todo bem jurídico é protegido pelo direito penal, bem como nem toda ação que lesione um bem jurídico será proibida pelo direito penal.

Rogério Greco se manifesta a respeito desse princípio da seguinte forma:

O ordenamento se preocupa com a infinidade de bens e interesses particulares e coletivos. Como ramos desse ordenamento jurídico temos: o direito penal, o direito civil, o direito administrativo, o direito tributário, etc. Contudo, nesse ordenamento jurídico, ao direito penal cabe a menor parcela no que se diz respeito a proteção desses bens ressalte-se, portanto, sua natureza fragmentaria, isto é, nem tudo lhe interessa, mas tão-somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob a sua proteção mas que, sem dúvida pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. (GRECO, p. 61, vol. 1)

2.4. Proporcionalidade e Razoabilidade

O princípio da razoabilidade, embora muitas vezes confundido com o princípio da proporcionalidade, constitui princípio distinto, pois que, razoável “é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que

se propõe, sem, contudo, representar excesso algum” (BITENCOURT, p.27)

O princípio da proporcionalidade – também conhecido como princípio da proibição do excesso – exige uma ponderação, um equilíbrio, por parte do legislador e do aplicador da lei, para que não haja uma desproporção entre o bem lesionado da vítima e, o bem de que o autor pode ser privado pela pena.

Greco discorre sobre os destinatários deste princípio:

“(…) Tem, em conseqüência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade.” (GRECO, p. 77, Vol. 1)

Catedraticamente Bitencourt conclui:

Com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que além de respeitá-los deve garanti-los. (BITENCOURT, p. 27)

2.5. Ofensividade

Também é conhecido como princípio da lesividade. Por este princípio, o Direito Penal não poderá agir

se um bem de terceiro não estiver sendo concretamente lesiodado, ofendido.

Rogério Greco e Cezar Bitencourt divergem quanto às funções do princípio da lesividade, o primeiro destaca quatro funções: a) proibir a incriminação de uma atitude interna (ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais); b) Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor (o direito penal não poderá punir condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois que não excedem ao âmbito as próprio autor, a exemplo do que ocorre com a autolesão; também se amolda a essa perspectiva todos os atos preparatórios que antecedem a execução de determinada infração penal); c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais (impede que o agente seja punido por aquilo que é, e não pelo que fez) ;d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (afasta da incidência da aplicação da lei penal aquelas condutas que embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros, ou seja, muitas condutas que agridem o senso comum da sociedade, desde que não lesivas a terceiros, não poderão ser proibidas ou impostas pelo direito penal). (GRECO, p.53 a 55, vol. 1)

É interessante esclarecer por meio de exemplificações a terceira função elencada por Greco: “proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais”. Essa função decorre do fato do nosso direito penal ser do fato e não do autor. A pena é atribuída ao sujeito que cometeu uma ação criminosa e não porque ele é propenso a isso. Por exemplo,

não se pode punir um torcedor do time X ou um devoto da religião Y, por meramente eles serem torcedor e devoto. O sujeito apenas será merecedor de pena se tiver cometido uma ação criminosa, como o torcedor ter sido identificado espancando outro num estádio, ou o religioso ter sido o responsável por um atentado terrorista.

Já Bitencourt, como dito antes, elenca apenas duas funções, são elas: a) função político-criminal (esta função é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis); b) função interpretativa ou dogmática (esta função configura uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é seu interprete final). (BITENCOURT, p. 22)

Mais uma aplicação de princípios fundamentais penais:

HC 96309 / RS - RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 24/03/2009

Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PACIENTE PROCESSADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 334, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL (**DESCAMINHO**). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA

DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. O descaminho praticado pelo Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo **princípio da ofensividade**. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. 2. A análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei n. 10.522/02), que hoje equivale à quantia de R\$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei n. 10.522/02), equivalente a R\$ 100,00. 3. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Paciente. **Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.** 4. Ordem concedida.

2.6. Insignificância

O princípio da insignificância ou bagatela, sem sombra de dúvida, é o carro chefe dos princípios nesse estudo, acima de tudo porque constitui um sub-conceito da tipicidade conglobante. Ele corresponde ao pé material do conceito tripartido de tipicidade.

Bitencourt nos ensina: “a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.” (p. 21)

O princípio da insignificância assegura que não se punirá a conduta que cause dano irrelevante ao bem jurídico protegido, isso porque “a insignificância da ofensa afasta a tipicidade” (BITENCOURT, p.21). Não só porque é desinteressante para o Estado movimentar a máquina judiciária para julgar causas cuja ofensa ao bem jurídico é irrisória, como também seria uma afronta aos direitos humanos do autor, receber uma pena por provocar uma lesão ínfima, é inadmissível por desproporção.

Lamentavelmente se vê com frequência casos em que a lesão é mínima e ainda assim a tipicidade não é excluída de imediato, sendo preciso a defesa pública – quando presente - levar a causa até ao STF, para que o sujeito seja, enfim, absolvido. Eis um exemplo chocante:

HC 98152 / MG - MINAS GERAIS
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 19/05/2009

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009

EMENT VOL-02363-03 PP-00584

RF v. 105, n. 401, 2009, p. 594-602

Ementa

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - **TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, "CAPUT") DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR)** - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se expõem a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à

integridade da própria ordem social. **O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.** - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, IMPORTA EM ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO RÉU. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes.

Como se pôde perceber, o Princípio da Insignificância não se aplica apenas ao furto (art. 155 do CP), mas também aos crimes de estelionato (art. 171 do CP), descaminho (art. 334 do CP), e outros nos quais se façam presentes os requisitos necessários:

a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. CONCEITOS BÁSICOS

Para que se faça entender com maior clareza o item do capítulo seguinte, Tipicidade Garantista, é necessário revisitar alguns conceitos básicos da Teoria Geral do Delito, como Tipicidade Conglobante e Teoria da Imputação Objetiva.

3.1. Tipicidade Conglobante

O nosso Código Penal não traz o conceito de crime, e a LICP traz meramente a diferença entre crime e contravenção. Cabe, então, a doutrina definir o que é crime. A doutrina predominante defende o conceito analítico de crime, qual seja: o crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Por este conceito, o crime é escalonado, ou seja, na forma de uma escada, dividida por degraus, de forma que só se chega ao segundo (antijuridicidade) ou terceiro (culpabilidade) degrau, se antes subir o primeiro, que corresponde à tipicidade, e assim sucessivamente.

Claudio Brandão afirma: “A divisão do delito em três graus de juízos e valorações um sobre e em continuação do outro, proporciona um alto grau de racionalidade na aplicação do direito, facilita e assegura contra contradições e arbitrariedades.” (BRANDÃO, p. 117)

A tipicidade, primeiro degrau do conceito analítico de crime, se subdivide em dois subconceitos: a tipicidade formal e a tipicidade conglobante.

A tipicidade em seu aspecto formal é a adequação, a subsunção, do fato típico contido abstratamente na norma penal à conduta (comissiva ou omissiva / dolosa ou culposa) do agente. Pode-se até fazer alusão ao brinqueado infantil de encaixe dos objetos geométricos. A conduta praticada só será formalmente típica se couber perfeitamente no espaço destinado a ela, o tipo penal.

O segundo subconceito, a tipicidade conglobante, surge com o intuito de suavizar a tipicidade formal. Não é porque a conduta se amolda com perfeição ao tipo penal que ela será típica. Isso porque a conduta pode ser amparada por outro ramo do direito ou porque sobre ela pode recair o manto da tipicidade material.

Além da necessidade de existir um modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que para que ocorra essa adequação, isto é, para que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção. Quando o legislador penal chamou a si a responsabilidade de tutelar determinado bens – por exemplo, a integridade corporal e o patrimônio –, não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio não importando o seu valor. (GRECO, p. 65, Vol. 1)

Assim, tipicidade conglobante também se divide em dois subconceitos: tipicidade material e atos anti-normativos.

A tipicidade material é a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela, ou seja, é a análise da

intensidade da lesão ao bem juridicamente tutelado, pois o direito penal só vai se ocupar de lesões significativas.

A respeito da tipicidade material Rogério Greco assevera: “Embora tenha feito a seleção dos bens que, por meio de um critério político, reputou como de maior importância, não podia o legislador, quando da elaboração dos tipos penais incriminadores, descer a detalhes cabendo ao interprete delimitar o âmbito de sua abrangência.” E ele continua: “Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem no caso concreto, ou melhor, da relevância do dano, ou perigo de dano, sofrido pelo bem no caso concreto.” (GRECO, p. 48 e 49. Vol. 2)

Os atos antinormativos são os atos contrários às normas do ordenamento, faz-se preciso, portanto, que se analise se existe algum outro ramo do direito autorizando ou estimulando a conduta. Pois que, na lição de Bobbio:

Um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, ‘sistema’ equivale a validade do princípio, que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento de compatibilidade, que implica na exclusão da incompatibilidade. (BOBBIO, p. 80)

É essa compatibilidade com outros ramos do ordenamento jurídico que diferencia motel de casa de prostituição (crime tipificado no art. 229, do CP.),

afinal, o motel paga seus funcionários (direto do trabalho), paga impostos (direito tributário), precisou de alvará de construção para a obra (direito administrativo), etc., portanto, o funcionamento do motel, diferente da casa de prostituição, é autorizado por vários ramos do direito.

Concluindo, para que se faça presente a tipicidade são necessárias três coisas: a) o encaixe da conduta ao tipo penal (tipicidade formal); b) uma lesão significativa (tipicidade material); c) o ato deve ser contrário ao ordenamento (atos antinormativos). Se um desses elementos não estiver presente, o tripé da tipicidade cai, ela deixa de existir, e o ato passa a ser atípico, portanto, impassível de pena por não constituir crime.

Cláudio Brandão chama atenção para as duas funções da tipicidade: 1ª ser indício da antijuridicidade e, 2ª, chamada de função garantia, a tipicidade é o cumprimento do próprio princípio da legalidade, pois a necessidade de adequação da conduta à lei garante a não-incriminação de todas as condutas que não sejam tipificadas. (BRANDÃO, p. 150 e 151)

3.2. Teoria da Imputação Objetiva

A teoria da imputação objetiva, em verdade, deveria chamar-se “teoria da não imputação objetiva”, isso porque a responsabilidade penal não é objetiva, é subjetiva. Se na conduta não houver qualquer elemento subjetivo – dolo ou culpa –, penalmente, o resultado não poderá ser atribuído ao agente.

Em relação à teoria da imputação objetiva Paulo Queiroz diz:

“A pretensão da teoria da imputação objetiva não é, propriamente, em que pese o nome, imputar o resultado, mas, em especial, delimitar o alcance do tipo objetivo (matar alguém, por exemplo), de sorte que, em rigor, é mais uma teoria da ‘não imputação’. Trata-se, além disso, não só de um corretivo à relação causal, mas de uma exigência geral da realização típica, a partir da adoção de critérios essencialmente normativos, de modo que sua verificação constitui uma questão de tipicidade, e não de antijuridicidade, prévia e prejudicial à imputação do tipo subjetivo (dolo e culpa).” (QUEIROZ, 2005)

O tipo penal é complexo, composto por elementos objetivos (autor, resultado, nexo de causalidade e elementos específicos de cada delito) e pelo elemento subjetivo (dolo ou culpa). Para o estudo da teoria da imputação objetiva, o elemento do tipo que nos interessa é o subjetivo. Se um motorista adotar todas as medidas necessárias, mas atropelar alguém, um suicida que se joga sobre o veículo, o motorista, penalmente, não será responsabilizado. Isto porque, se o agente praticou a conduta sem dolo ou culpa, e mesmo assim sobreveio um resultado previsto normativamente, esse fato não foi criminoso, visto que não estava presente o elemento subjetivo do tipo. Logo, o fim da teoria da imputação objetiva é saber se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ser imputado ao agente ou não.

A respeito dessa imputação do agente a um tipo, devido a sua ação típica, Rogério Greco ensina:

Na verdade, a teoria da imputação objetiva surge com a finalidade de limitar o alcance da chamada teoria da equivalência *doe* antecedentes causais, sem, contudo, abrir mão desta última. Por intermédio dela, deixa-se de lado a observação de uma relação de causalidade puramente material, para se valorar uma outra, de natureza jurídica, normativa.

Não basta que o resultado tenha sido produzido pelo agente para que se possa afirmar a sua relação de causalidade. É preciso, também, que a ele possa ser imputado juridicamente. (GRECO, 2008, p. 237 e 238)

Da mesma forma como não é adequado utilizar a expressão ‘imputação objetiva’ a ‘não-imputação objetiva’, a nomenclatura também não se faz das melhores quando se refere a ‘teoria’, no singular, porque são inúmeras as teorias que versam a respeito do limite ao nexa de causalidade.

Um dos maiores expoentes da teoria geral da imputação foi Claus Roxin que criou uma teoria (Teoria dos Riscos) com base no princípio do risco para os crimes de resultado. Essa teoria dele se baseia em quatro vertentes (1. diminuição do risco; 2. criação de um risco juridicamente relevante; 3. aumento do risco permitido; 4. esfera de proteção da norma como critério de imputação.). Se a conduta se enquadrar em qualquer dessas vertentes não haverá imputação objetiva do sujeito ao tipo penal, tornando, portanto, a conduta atípica.

Analisando essas vertentes de Roxin mais minuciosamente podemos chegar a conclusão de que pelo critério da diminuição do risco “a conduta que reduz

a probabilidade de uma lesão não se pode conceber como orientada de acordo com a finalidade de lesão da integridade corporal” (GRECO, 2008, p. 239); pelo critério da criação de um risco juridicamente relevante “se o resultado por ele pretendido não depender exclusivamente de sua vontade, caso este aconteça deverá ser atribuído ao acaso. Em casos como tais, não há domínio do resultado através da vontade humana” (GRECO, 2008, p. 239); pelo critério do aumento do risco permitido entende-se que “se a conduta do agente não houver, de alguma forma, aumentado o risco de ocorrência do resultado, este não lhe poderá ser imputado.” (GRECO, 2008, p. 239); e, por fim, pelo critério da esfera de proteção da norma como critério de imputação conclui-se que “somente haverá responsabilidade quando a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma. Existem casos em que o aumento do risco para além dos limites do permitido não acarreta imputação, pois a situação está fora do alcance da norma jurídica incriminadora.” (GRECO, 2008, p. 240).

Outro nome de destaque que também elaborou uma teoria – embora não muito adotada – sobre a imputação objetiva foi Gunther Jakobs, com a sua Teoria das Regras que, vincula o comportamento social do homem a papéis. Esta teoria dele se baseia em outras quatro vertentes: 1. Risco permitido que “diz respeito aos contratos sociais que, embora perigosos sob um certo aspecto, são necessários e mesmo assimilados pela sociedade.” (GRECO, 2008, p. 242); 2. Princípio da confiança que diz que “não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando em que outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido.” (GRECO, 2008, p.

243); 3. Proibição do regresso, segundo essa vertente “se cada um de nós se limitar a atuar de acordo com o papel para o qual fomos incumbidos de desempenhar, se dessa nossa conduta advier algum resultado, ou mesmo contribuir para o cometimento de alguma infração penal, não poderemos ser responsabilizados (GRECO, 2008, p. 243); 4. Competência (ou capacidade) da vítima, que é o consentimento do ofendido e as ações por si próprio, “hipótese em que a própria vítima, com o seu comportamento, contribui ou pelo menos facilita que a consequência lesiva lhe seja imputada”. (GRECO, 2008, p. 245).

Juarez Cirino dos Santos fazendo um paralelo entre a teoria do risco permitido e o dever de cuidado diz: “O risco permitido, definido pelo ordenamento jurídico, constitui a moldura típica primária de adequação do dever de cuidado, de modo que a lesão do dever de cuidado sempre aparece sob a forma de criação ou de realização de risco não permitido.” (SANTOS, 2008, p. 174)

Resumidamente, a teoria da imputação objetiva, ou melhor dizendo, as teorias da não-imputação objetiva, servem para evitar a punição, a responsabilidade penal, fora das hipóteses de dolo e culpa, e nas hipóteses em que há risco tolerado pela sociedade. Visto que, apesar de existir um bem jurídico protegido pela norma, existem alguns riscos que são aceitos, tolerados, permitidos pelo ordenamento.

4. TIPICIDADE GARANTISTA

A Tipicidade Garantista nasce da congregação de aspectos da Tipicidade Conglobante e da Teoria da

Imputação Objetiva, mais precisamente, ela nasce da congregação do risco irrelevante com o risco permitido. Nas hipóteses em que essas espécies de risco (permitido e irrelevante) se fizerem presentes, tem-se a tipicidade garantista, que tem a função de impedir que o sujeito que tenha praticado ato formalmente típico seja penalmente responsabilizado, assim a tipicidade garantista protege os direitos fundamentais desse cidadão.

A tipicidade garantista se propõe tornar a tipicidade mais protetiva aos direitos do cidadão. O primeiro passo para o emprego da tipicidade garantista num caso concreto é a verificação de se há insignificância ou antinormatividade da conduta, seguido da análise da presença do risco e a conexão entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Necessariamente deve seguir essa ordem, pois que a teoria do risco permitido mostra-se mais ampla, mais genérica, que a teoria da tipicidade conglobante.

A teoria da tipicidade conglobante parte da premissa da coerência do ordenamento, e deveria ser o tipo conglobante compreendido no tipo legal. A tipicidade conglobante ao trazer a noção de risco irrelevante, se aproxima do conceito de risco permitido das teorias da não-imputação objetiva. Logo, a tipicidade conglobante se insere na tipicidade garantista como ponto de partida para a teoria da imputação objetiva, pois ela traz conceitos prévios similares que facilitam a compreensão e a apreensão do sentido da imputação objetiva.

As teorias da não-imputação objetiva encontram muitas resistências na prática, embora alguns de

seus aspectos sejam perfeitamente racionais e aplicáveis como é o caso da teoria do risco permitido. Por exemplo, não deveria haver crime quando há uma autocolocação em perigo e todas as diligências são tomadas, ou não haver crime quando o sujeito atua para diminuir o risco, não haver crime quando o sujeito não tiver controle sobre o resultado, apesar de estarem previstos na lei penal etc.

O Direito Penal tem como dever proteger os cidadãos e os bens jurídicos, nesse contexto a tipicidade garantista faz-se necessária, uma vez que ela foi criada no intuito de resguardar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, protegendo eles da ingerência estatal.

5. CONCLUSÃO

É muito comum o contato com frases do tipo: “A presunção de legitimidade é que diferencia o Estado de um bando de ladrões”. De fato, dada a devida vênia, interpretando a frase ao pé da letra, o Estado faz o mesmo que um bando de bandidos cerceando a liberdade quando prende o sujeito tal quais seqüestradores, quando diminui o patrimônio do sujeito ao aplicar uma multa assim como fazem os ladrões etc.

Quem legitima o Estado para agir da forma que age é o povo. “Direito e Estado, pelo seu caráter instrumental (funcional), prestam-se a um fim comum: possibilitar a convivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência, por meio da prevenção (e repressão) de ataques a bens jurídicos constitucionalmente relevantes.” (QUEIROZ, p.23). O

povo abdicou de parte de seus direitos transferindo-os ao Estado em troca de segurança, mas impôs-lhe a condição de seguir determinados limites, mandamentos chamados de princípios.

Paulo Queiroz precisamente prelecionou:

Ao conceituar o direito penal, fizemos referência às garantias do cidadão em face do exercício do direito de punir do Estado, porquanto semelhante poder, que não é absoluto, mas relativo, encontra limites – formais e materiais – no próprio texto constitucional, tudo a evidenciar o que antes assinalamos: o caráter instrumental do Estado e do direito penal, que não são um fim em si mesmos, mas um só meio – subsidiário – de regulação dos conflitos sociais mais agudos.

A maioria dessas garantias e princípios está disposta na Constituição de forma explícita, como é o caso do princípio da legalidade, da irretroatividade e da individualização da pena. Outras (implícitas), porém, embora não estejam previstas expressamente, decorrem da lógica do sistema de valores que a Constituição consagra, como o princípio da proporcionalidade (em sentido lato) e o princípio da lesividade (ou de exclusiva proteção de bens jurídicos). Tais princípios representam sérias limitações, formais e materiais, ao poder punitivo do Estado, por isso que constituem autênticas garantias, visto que oponíveis pelo próprio indivíduo ao exercício do poder punitivo do Estado. Em assim agindo, o Estado pretende, portanto, como diz Roxin, proteger o bem jurídico (vida, integridade física, honra) duplamente: através do direito penal e ante o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente

as situações que pretende combater. (QUEIROZ, p.24 e 25)

Sabidamente Max Weber já dizia: “O direito penal é o braço armado do Estado”, pois ele é a forma mais violenta de intervenção na nossa esfera de direitos, ele impõe medidas muito mais violentas que o direito civil e o direito administrativo, por exemplo. O Direito Penal é o ramo do Direito que mais deveria ser limitado pelos mandamentos gerais dos princípios, mas infelizmente o que se tem visto é uma constante violação a observância desses limites que legitimam o poder estatal sobre os cidadãos.

Só em 2009 foram concedidos 45 HC pelo Superior Tribunal Federal com fundamento no princípio da insignificância. Será que processos penais que envolvem a “subtração de roda sobressalente com pneu de automóvel”; “Tentativa de furto de 5 barras de chocolate”; “Tentativa de furto de som automotivo” precisam chegar a última instância para serem resolvidos? Não poderiam ter sido resolvidos em instâncias inferiores? Quantas pessoas conseguem manter seus processos em andamento até chegarem a última instância de julgamento? Certamente não é a maioria. Quantos passam mais tempo nos presídios esperando julgamento do que de fato passariam se já estivessem cumprindo pena? Ainda bem que a defensoria pública está trabalhando bastante para garantir os direitos dos pacientes pouco abastados. Mas estatisticamente é insuficiente o número de defensores para a quantidade de cidadãos que necessitam dos serviços prestados por eles.

Nesse contexto de arbitrariedades e indiferenças estatais, surge como a Estrela de Belém a teoria da tipicidade garantista, que é mais uma das formas de limitar o poder de punir do Estado. O que se quer, através dela, é garantir aos cidadãos a devida atenção aos direitos e garantias que de fato sempre foram deles. O que se quer é alargar o rol de proteção do cidadão contra as ingerências estatais, que muitas vezes utiliza o Direito para oprimir e reprimir injustamente ou desproporcionalmente quem lhe foi “desobediente” e descumpriu uma de suas infinitas normas.

A insensibilidade por parte do Estado a causas cuja solução é possível, visto que existem inúmeras teorias que se engajam na tarefa de buscar uma saída plausível, prejudica os cidadãos direta e indiretamente, isto porque diretamente são afetados pelas decisões e indiretamente pelo desgaste do processo.

E aí o caos está completo, vivemos cercados de conflitos, violências privadas e públicas, sem ter a quem recorrer. Isso que o próprio Judiciário quando não agride o cidadão diretamente com suas decisões arbitrárias – claro que não é sempre que isso acontece -, invariavelmente afeta qualquer um que lhe procure com o atraso devido ao acúmulo de processos intermináveis.

Os princípios constitucionais penais, da tipicidade garantista, e de inúmeras outras opções existem para desobstruir a máquina judiciária, e preservar os direitos fundamentais do cidadão. A observância dessas teorias e mandamentos pode significar o fim de muito desgaste social, político, econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- FOPPEL, Gamil e GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. 10^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. 2. 6^a Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- JAKOBS, Günther. Tradução: André Luís Callegari. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2^aed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- NORBERTO, Bobbio. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10^a ed. Brasília: UnB, 1999.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 3^aed. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2008.

OS PRINCÍPIOS PENAIS E A TIPICIDADE GARANTISTA

Site:

<<http://www.stf.jus.br/portal/>> acesso em 20 de janeiro de 2010.

ANEXO

FUNDAMENTOS PARA CONCESSÃO DE HC	
Fundamentação	Quantidade
Atipicidade da conduta	12
Atipicidade do crime tributário por ausência de lançamento definitivo	3
Ausência de justa causa para a ação penal em razão de o débito fiscal estar abaixo do mínimo para ser cobrado pela administração	2
Ausência de suporte probatório	6
Ausência de vaga em estabelecimento adequado	2
Cerceamento de defesa	35
Custódia domiciliar em razão de doença	1
Deficiência de fundamentação do acórdão	7
Deficiência de fundamentação na decretação da prisão cautelar	47
Deficiência de fundamentação na decretação da prisão cautelar e excesso de prazo	1
Deficiência de fundamentação para imposição de regime mais gravoso	5
Desclassificação do crime	2
Excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação	1
Excesso de prazo	30
Excesso de prazo no cumprimento de medida de segurança	1
Extinção da punibilidade	13
Ilícitude da prova	1
Inadmissibilidade da prisão civil de depositário infiel	39

GABRIELA OLIVEIRA MOREIRA

FUNDAMENTOS PARA CONCESSÃO DE HC	
Fundamentação	Quantidade
Incompetência	19
Inépcia da denúncia	3
Julgamento <i>ultra petita</i>	1
Negativa de prestação jurisdicional	9
Ofensa à coisa julgada	1
Ofensa ao princípio da razoabilidade	4
Princípio da individualização da pena	22
Princípio da insignificância	45
Princípio da irretroatividade de lei penal mais gravosa	5
Princípio da presunção de não culpabilidade	79
Princípio da retroatividade de lei penal mais benéfica	2
Princípio do <i>ne bis in idem</i>	1
Progressão de regime e crimes hediondos	14
Proibição de reformatio in pejus	2
Reconhecimento de continuidade delitiva	1
Reconhecimento dos pressupostos para concessão de livramento condicional	2
Tempestividade de recurso	5
Fundamentação não disponível	5
Total	428

Fonte: eJud - Criminal

Dados atualizados até 31/12/2009

Fonte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/estatistica/anexo/FundamentosParaConcessao1__2009.xls> Acesso em 22 de Fevereiro de 2010.

Capítulo II

A mudança nos marcos
de representatividade e um novo
paradigma para representação
popular na Câmara de Vereadores

Larissa Andrade Teixeira Brandão

Estudante de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão
e estagiária-pesquisadora do Núcleo de Pesquisa
e Extensão da Faculdade Baiana de Direito e Gestão



A mudança nos marcos de representatividade e um novo paradigma para representação popular na Câmara de Vereadores

Resumo: O presente artigo tem como finalidade explicar os novos limites da representatividade das Câmaras de Vereadores a partir da Emenda Constitucional nº 58 de 23 de setembro de 2009 e propor um novo paradigma para representação popular, modificando a legislação eleitoral com o intuito de aproximar a população do Poder Legislativo. Para tal fim, procedeu-se uma minuciosa pesquisa, através da qual se buscou traçar todo o embasamento teórico e reflexos do tema, bem como opiniões de políticos e professores da área.

Palavras-chave: Representação política; Vereadores; Poder Legislativo; Emenda Constitucional nº 58.

Sumário: 1. Introdução – 2. Representatividade política, funções e surgimento dos vereadores – 3. Novos limites do número de vereadores adotados pela Constituição Federal e seus reflexos – 4. Novo paradigma para representação popular nas Câmaras de Vereadores – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo começou a ser elaborado devido ao estágio no Núcleo de Pesquisa e Extensão da

Faculdade Baiana de Direito e Gestão, na área Direito Público, orientado pelo Professor Gabriel Marques. O assunto a que se remete o trabalho, entretanto, guarda um particular interesse, já que, por ter cunho político, afeta a vida de todos os cidadãos: A mudança nos marcos de representatividade e um novo paradigma para representação popular na Câmara de Vereadores.

Com o advento da Emenda Constitucional n° 58 de 23 de setembro de 2009, foram traçados novos limites para a composição das Câmaras Municipais e, com isso, iniciou-se uma polêmica, não só a respeito da constitucionalidade da emenda supracitada, como também da matéria política que a envolve, sobretudo no que tange a representatividade popular.

Sob essa perspectiva, o tema proposto será abordado neste artigo em quatro etapas. A primeira delas é caracterizada pelo embasamento teórico acerca da representatividade, do surgimento e das funções dos vereadores, bem como sua importância para a manutenção da máquina legislativa e política. A segunda parte trata exclusivamente dos novos limites do número de vereadores adotados pela Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional n° 58 e seus reflexos. A terceira parte, no entanto, esclarece o que é o novo paradigma de representatividade na Câmara de Vereadores e propõe uma mudança na legislação eleitoral. Por fim, a quarta etapa traz conclusões acerca do tema e da nova tese proposta.

A elaboração do artigo deu-se a partir de uma extensa pesquisa teórica, em que foram consultados autores renomados, entendimentos dos Ministros do

Supremo Tribunal Federal, meios eletrônicos e a legislação pertinente. Ademais, foram realizadas entrevistas, a nível de pesquisa de campo, com políticos e professores da área jurídica.

O referido artigo, portanto, tem como objetivo principal oferecer uma visão crítica e ampla sobre os novos limites do número de vereadores e seus reflexos jurídicos e políticos e, também, oferecer uma nova proposta de representação popular nas Câmaras de Vereadores.

2. REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA, FUNÇÕES E SURGIMENTO DOS VEREADORES

Desde o período colonial, os vereadores estão presentes no nosso sistema político, constituindo o primeiro núcleo de exercício político no Brasil. O primeiro registro histórico ocorreu em 1532 na antiga capitania de São Vicente. Em toda a história do País, as casas legislativas somente deixaram de existir em 1930, com o golpe de Getúlio Vargas, até 1934, quando foi promulgada a nova Constituição; e de 1937, quando foi instituído o Estado Novo, até 1946, quando voltamos ao regime democrático.

As funções dos vereadores, no entanto, sofreram certa mudança com a evolução histórica. Manoel Rodrigues Ferreira¹ relata que as Câmaras Municipais eram compostas por juizes, vereadores, procuradores e oficiais e legislavam sobre todos os

1. RODRIGUES FERREIRA, Manoel. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

assuntos relativos às vilas e às cidades. Aplicavam, inclusive, a justiça comum, principalmente em crimes contrários à ordem pública e a paz social. A Constituição de 1934 estabeleceu que todas as vilas e cidades deveriam ter uma Câmara Municipal composta por vereadores regularmente eleitos, competindo-lhes a captação, manutenção e aplicação das rendas do município.

Hoje, as funções de um vereador são, basicamente, elaborar leis municipais, fiscalizar os trabalhos do Poder Executivo Municipal e sugerir ações e melhorias para a cidade. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 30 que:

Art. 30 Compete aos Municípios:

- I – legislar sobre assuntos de interesse local;
- II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
- III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- IV – criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

A MUDANÇA NOS MARCOS DE REPRESENTATIVIDADE

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX – promover a proteção ao patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.²

Embora estabeleça de forma taxativa o rol de competência municipal, a Constituição Federal não prevê a divisão de competência dentro dessa esfera entre o Poder Legislativo e Executivo, apenas aduz, em seu artigo 31, que a fiscalização do Município dar-se-á pelo Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

O Regimento Interno da Câmara Municipal de Salvador, no entanto, determina as funções da mesma, que são:

Art. 2º A Câmara tem funções legislativas, atribuições para fiscalizar os Atos, propor medidas de interesse da coletividade e assessorar o Executivo, além da competência para disciplinar e dispor sobre a organização de seus serviços internos.

§ 1º A função de fiscalização e controle é de caráter político-administrativo e se exerce sobre os

2. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-37.

Atos do Prefeito, de seus Auxiliares diretos, dos Vereadores e da Comissão Executiva da Câmara;

§ 2º A função de assessoramento consiste em sugerir medidas de interesse público ao Executivo e a outros poderes mediante indicações;

§ 3º A função administrativa é restrita à sua organização interna, à regulamentação de seu funcionamento e à estrutura e direção de seus serviços auxiliares;

§ 4º A Câmara exercerá suas funções, com independência e harmonia, em relação ao Executivo, deliberando sobre as matérias de sua competência, na forma da Lei Orgânica do Município.³

A Lei Orgânica do Município, por sua vez, também trata da matéria, dispondo de forma extensiva, em seus artigos 7º e 8º, as competências do Município de Salvador.

Vê-se, portanto, que os vereadores são e sempre foram de suma importância para a manutenção do sistema político brasileiro, principalmente no que tange a representatividade, já que constituem o órgão mais próximo do cidadão. Representatividade política, pois, nada mais é do que a relação entre governantes e governados, onde estes devem trabalhar em prol daqueles, agindo no interesse deles e para eles.

3. Câmara Municipal de Salvador. **Regimento Interno da Câmara Municipal de Salvador**. Disponível em: <<http://www.cms.ba.gov.br/updiv/regimento/index.html>> Acesso em: 15 de março de 2010.

Ao vereador, no Brasil, é aplicado o sistema de representação proporcional, que, segundo Marcos Ramayana,

objetiva de forma matemática e por estratégia política, numa circunscrição eleitoral, contemplar os diversos partidos políticos ou coligações e, por via de consequência, distribuir os votos de forma plúrima e significativa da maior expressão popular.⁴

O que nos faz pensar que, mais do que nunca, o vereador deve não só representar o povo, mas estar perto dele. É por isso que se faz necessário discutir as questões da representatividade política com a mudança nos limites do número de vereadores a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 58. Não menos importante é discutir e rever o paradigma da representatividade política na Câmara de Vereadores, para que se comece a questionar a figura política do vereador, que temos hoje, com base na figura política que devemos ter, garantindo, assim, a verdadeira expressão popular.

3. NOVOS LIMITES DO NÚMERO DE VEREADORES ADOTADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS REFLEXOS

Antes de tratarmos sobre a Emenda Constitucional nº 58, de 23 de setembro de 2009, e seus reflexos, é interessante falarmos do famoso caso Mira Estrela⁵.

4. RAMAYANA, Marcos. **Código Eleitoral Comentado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006. p. 239.

5. RE 197917. **Famoso Caso Mira Estrela**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

Em sede de Recurso Extraordinário nº 197917, interposto pelo Ministério Público de São Paulo, o Ministro Relator Maurício Corrêa sustentou que

embora a Carta Federal ofereça diretrizes para operar-se a regra aritmética de proporção, ficou nela estabelecido que somente a Lei Orgânica do Município deverá fixar o número de integrantes de suas Câmaras Legislativas, ajustando o número de vereadores à população. Se inobservados, porém, os parâmetros constitucionais, o Poder Judiciário provocado pode e deve dizer sobre a conformação da respectiva norma local com a Constituição.⁶

Essa discussão iniciou-se pelo fato do Município de Mira Estrela possuir apenas 2651 habitantes e, ao mesmo tempo, uma Câmara Legislativa composta por 11 vereadores – o que feriria a exigência contida na alínea “a”, inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal, que preconiza que seja cumprida a devida proporção entre o número de vereadores e a população local. Ainda, no conteúdo do seu voto, o Ministro Relator afirmou que “a atuação legislativa deve realizar-se em harmonia com o interesse público, não se admitindo edição de leis destituídas de certa razoabilidade”⁷, já que o Supremo Tribunal Federal, em outra ocasião, reconheceu a competência de estabelecer o número de vereadores para o Município, observados os limites elencados na Constituição Federal. O Tribunal Superior Eleitoral, então, estabeleceu critérios para

6. Op cit.

7. Op. cit.

A MUDANÇA NOS MARCOS DE REPRESENTATIVIDADE

o número de vereadores proporcionalmente ao número de habitantes, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 23, IX, do Código Eleitoral, pela Resolução 21702⁸, a saber:

Nº de habitantes do município	Nº de vereadores
até 47.619	09 (nove)
de 47.620 até 95.238	10 (dez)
de 95.239 até 142.857	11 (onze)
de 142.858 até 190.476	12 (doze)
de 190.477 até 238.095	13 (treze)
de 238.096 até 285.714	14 (catorze)
de 285.715 até 333.333	15 (quinze)
de 333.334 até 380.952	16 (dezesesseis)
de 380.953 até 428.571	17 (dezesete)
de 428.572 até 476.190	18 (dezoito)
de 476.191 até 523.809	19 (dezenove)
de 523.810 até 571.428	20 (vinte)
de 571.429 até 1.000.000	21 (vinte e um)
de 1.000.001 até 1.121.95	33 (trinta e três)
de 1.121.953 até 1.243.903	34 (trinta e quatro)
de 1.243.904 até 1.365.854	35 (trinta e cinco)
de 1.365.855 até 1.487.805	36 (trinta e seis)
de 1.487.806 até 1.609.756	37 (trinta e sete)
de 1.609.757 até 1.731.707	38 (trinta e oito)

8. **Resolução/TSE 21702.** Disponível em: <www.tse.gov.br/>. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

LARISSA ANDRADE TEIXEIRA BRANDÃO

Nº de habitantes do município	Nº de vereadores
de 1.731.708 até 1.853.65	39 (trinta e nove)
de 1.853.659 até 1.975.609	40 (quarenta)
de 1.975.610 até 4.999.999	41 (quarenta e um)
de 5.000.000 até 5.119.047	42 (quarenta e dois)
de 5.119.048 até 5.238.094	43 (quarenta e três)
de 5.238.095 até 5.357.141	44 (quarenta e quatro)
de 5.357.142 até 5.476.188	45 (quarenta e cinco)
de 5.476.189 até 5.595.235	46 (quarenta e seis)
de 5.595.236 até 5.714.282	47 (quarenta e sete)
de 5.714.283 até 5.833.329	48 (quarenta e oito)
de 5.833.330 até 5.952.376	49 (quarenta e nove)
de 5.952.377 até 6.071.423	50 (cinquenta)
de 6.071.424 até 6.190.470	51 (cinquenta e um)
de 6.190.471 até 6.309.517	52 (cinquenta e dois)
de 6.309.518 até 6.428.564	53 (cinquenta e três)
de 6.428.565 até 6.547.611	54 (cinquenta e quatro)
Acima de 6.547.612	55 (cinquenta e cinco)

Outra discussão, no entanto, foi suscitada em razão dessa Resolução. Questionou-se se a atribuição para fixação do número de vereadores pertence ao Congresso Nacional ou ao Tribunal Superior Eleitoral. Marcos Ramayana entende que

o poder normativo [do TSE] é atípico, mas necessário, pois com base na expedição das instruções e resoluções eleitorais é que se consegue editar regras pormenorizadoras do processo de registro

A MUDANÇA NOS MARCOS DE REPRESENTATIVIDADE

de candidatos, propaganda política eleitoral, prestação de contas, votação, apuração, voto digital etc.⁹

Foram formuladas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo Partido Progressista (ADIN 3345/DF) e pelo Partido Democrático Trabalhista (ADIN 3365/DF), em face da Resolução 21702/2004 editada pelo Tribunal Superior Eleitoral. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente e concluiu pela inexistência das violações apontadas aos princípios da reserva de lei, da separação de poderes, da anterioridade da lei eleitoral e da autonomia municipal. Entenderam os Ministros do Supremo que a supra-mencionada Resolução foi editada com o propósito de dar efetividade e concreção ao julgamento do Pleno no RE 197917.

Assim, então, ficou estabelecida a quantidade de vereadores que seriam eleitos em cada município brasileiro. Acontece que, com o advento da Emenda Constitucional n° 58, promulgada em 23 de setembro de 2009, o inciso IV do artigo 29 passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 29.

IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

- a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;

9. RAMAYANA, Marcos. **Código Eleitoral Comentado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006. p. 77.

LARISSA ANDRADE TEIXEIRA BRANDÃO

- b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;
- c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;
- d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;
- e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;
- f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;
- g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;
- h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;
- i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;
- j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;
- k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil)

A MUDANÇA NOS MARCOS DE REPRESENTATIVIDADE

habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;

l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;

m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;

n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;

o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;

p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;

q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;

r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de

habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;

t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;

u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;

v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;

w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e

x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes.¹⁰

A supramencionada Emenda, no entanto, ao alterar o inciso IV do art. 29, alterou também o art. 29-A que trata das despesas do Poder Legislativo Municipal e estabelece que a mudança do art. 29 entrará em vigor a partir do processo eleitoral de 2008 e a mudança no art. 29-A entrará em vigor a partir de 1º de

10. **Emenda Constitucional nº 58.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc58.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2009.

janeiro do ano subseqüente ao da promulgação desta Emenda, que aconteceu em 23 de setembro de 2009.

Logo após ser promulgada em 23 de setembro de 2009, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi formulada pelo Procurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, ADIN 4307 de 29 de setembro de 2009, com pedido de medida cautelar, em impugnação ao art. 3º, inciso I, que faz retroagir os efeitos da alteração ao processo eleitoral de 2008. Fundamenta dizendo que, sem qualquer justificativa, a alteração constitucional promove imensa interferência em eleições já encerradas, pondo todos os municípios do país a refazerem os cálculos dos quocientes eleitoral e partidário, previstos nos artigos 106 e 107 do Código Eleitoral, com nova distribuição de cadeiras, a depender dos números obtidos, que podem, inclusive, trazer à concorrência partidos que não obtiveram lugares anteriormente, conforme art. 109 do Código Eleitoral.

Isso, então, provocaria um grau de instabilidade institucional muito grande, conflitando com a posição democrática assumida pela Constituição da República, pois com o aumento no número de vereadores retroagindo às eleições passadas, estaríamos admitindo que candidatos que não foram eleitos pelo povo assumissem as cadeiras, mergulhando o país em uma crise de legitimidade.

Traz, ainda, a supracitada ADIN 4307, o artigo 16 da Constituição Federal como parâmetro de controle, que aduz: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data

de sua vigência”¹¹. Esse artigo, no entanto, suscita alguns debates, tendo em vista que a Constituição Federal fala em “lei” e não em “norma”, que abrangeria também as Emendas Constitucionais.

Enquanto o Procurador-Geral da República sustenta que o art. 16 da Constituição Federal conjugado com o art. 5º, LIV, que garante o devido processo legal, e, ainda, o art. 60, parágrafo 4º, que elenca as cláusulas pétreas, preservam o pleno exercício da cidadania popular e que, por isso, não deve, de hipótese alguma, ser ferido, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, o Senado Federal, em 06 de novembro de 2009, explicitou que não se olvida de que o Supremo Tribunal Federal tenha conferido ao art. 16 da Carta o *status* de garantia fundamental do cidadão, mas que a norma em questão não tem natureza processual e que o inciso I do art. 3º não resolve o processo eleitoral de 2008, mas apenas recebe daquele pleito uma moldura fática, pronta e acabada, que configura ato jurídico perfeito e que lhe confere uma nova configuração no sistema jurídico. Entende o Senado Federal que o objeto da ADIN 4307 não suprime e muito menos tende a abolir os direitos do cidadão-eleitor; pelo contrário, amplia, pois aumenta a representatividade do resultado de uma eleição que em nada será alterado.¹²

11. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20.

12. Informação retirada da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4307 proferida pela Ministra Carmen Lúcia.

De matéria semelhante à discussão e, portanto, nos parece interessante tratar sobre a Consulta ao TSE formulada pelo Deputado Federal Gonzaga Patriota, em 2007, que possui o seguinte conteúdo:

uma Emenda à Constituição Federal regulamentando o número de vereadores nas Câmaras Municipais, entrando em vigor a menos de um ano do dia da eleição municipal, seus efeitos poderão ser aplicados na referida eleição municipal?¹³

A resposta dada pelo Pleno do TSE foi positiva, com apenas uma ressalva: de que fossem preenchidos todos os requisitos legais.

Ademais, a ADIN 4307 traz em seu texto que a diplomação de candidatos que, pelas regras vigentes ao tempo da eleição, não foram realmente eleitos, constitui severo risco de degradação do próprio art. 1º, parágrafo único, como também do art. 14 da Constituição Federal e admitir a continuidade da íntegra desta Emenda seria admitir uma patente ofensa a atos jurídicos perfeitos. Foi, então, pedida a concessão de medida liminar com efeitos *ex tunc*, pois as regras da Emenda Constitucional nº 58 estavam ganhando imediata execução em isolados municípios; e que seja julgado, por fim, procedente o pedido a fim de se declarar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58, de 23 de setembro de 2009.

13. **Consulta TSE nº 1421**. Disponível em: <<http://www.tre-ms.gov.br/resolucaotse/Res22556.pdf>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2010.

A Ministra Carmen Lúcia deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender os efeitos do ato impugnado, visto que restou comprovada a urgência em face dos riscos de efeitos de desfazimento dificultoso, garantindo, assim, o respeito à Constituição brasileira e, conseqüentemente, o respeito ao cidadão-eleitor. Em 11 de novembro de 2009, no entanto, foi julgada por toda a Corte, na qual, por oito votos a um, referendou a liminar da Ministra e também julgou procedente a ADIN 4310 formulada pelo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Cezar Britto, de conteúdo semelhante. Ficou vencido o Ministro Eros Grau, que considerou a retroatividade não ofensiva à Constituição Federal.

Vale ressaltar que, à época da promulgação da EC n° 58, o então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Carlos Britto, mostrou-se contrário à retroatividade, mas reconheceu que a Justiça Eleitoral somente poderia empossar os suplentes até que o Supremo Tribunal Federal decidisse sobre a constitucionalidade do texto. De forma frustrada, visto que vários suplentes tomaram posse, Carlos Britto enviou a todos os Tribunais Regionais Eleitorais do país um ofício que informava que a Emenda não valeria para a legislatura de 2008.

Vencida a questão da constitucionalidade do inciso I, do art. 3° da referida Emenda, passa-se a analisar questão não menos importante: os gastos com as Câmaras Municipais em virtude do aumento do número de vereadores.

Ao mesmo tempo em que a Emenda Constitucional n° 58 impõe novos limites ao número de vereadores,

A MUDANÇA NOS MARCOS DE REPRESENTATIVIDADE

diminui a porcentagem dos gastos com as Câmaras Municipais, incluídos os subsídios dos mesmos. Passa a vigorar o art. 29-A com a seguinte redação:

Art. 29-A

I – 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes;

II – 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes;

III – 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes;

IV – 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

V – 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;

VI – 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes.¹⁴

A diminuição dos gastos com o aumento de cadeiras nas Câmaras Municipais traz uma nova discussão, a saber: se, antes do advento da EC n° 58, a Câmara dos Vereadores era dispendiosa para a

14. **Emenda Constitucional n° 58.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc58.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2009.

sociedade e, agora com os novos limites, como ficará essa questão.

Alguns entendem que a Câmara dos Vereadores é em si um dispêndio para a sociedade. Nesse contexto, existe um projeto de lei do Senador Cristovam Buarque que propõe o fim da remuneração de vereadores eleitos em municípios com menos de 200 mil eleitores, àqueles que, pela legislação eleitoral, não há segundo turno. O presidente da Associação Brasileira das Câmaras Municipais (Abracam), Rogério Rodrigues, reagiu à proposta do senador, esclarecendo que:

Nós não somos responsáveis pelas mazelas do país, pelo contrário. Para fazer uma reforma política é necessária uma ampla discussão para incluir mudanças também para a Câmara dos Deputados, Senado e Assembleias Legislativas. Somos importantes agentes de transformação.¹⁵

José Willian de Oliveira Nunes, ex-vereador de Vitória da Conquista – BA e militante partidário do Democratas, entende que uma Câmara composta por vereadores honestos, que trabalham em prol da população não custa caro para a sociedade, até porque a realidade das Câmaras de Vereadores é bem diferente do Congresso Nacional, onde existem infundáveis assessores e uma enorme verba indenizatória, por exemplo. Fábio Periandro de Almeida Hirsch, advogado e professor universitário, já considera a Câmara de

15. **Projeto quer acabar com salário para vereador.** Disponível em: <<http://www.veredores.net/2009/09/projeto-quer-acabar-com-salario-para-vereador/comment-page-1/#comment-2572>>. Acesso em: 25 de março de 2010.

Vereadores necessária, porém bastante onerosa para o cidadão.

Muitas são as opiniões a respeito do tema, mas essa discussão toma novos rumos quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 58 que, ao alterar o art. 29-A, estabelece percentuais mais baixos de gastos para as Câmaras Municipais, considerados a partir de 1º de janeiro de 2010.

A diminuição do repasse, contudo, não suscitou muita polêmica, tendo em vista que aqueles que consideram a Câmara de Vereadores um dispêndio tiveram, em parte, seus anseios atendidos e, em contrapartida, aqueles que não consideravam um ônus para a população, entendem, em sua maioria, que, sendo o Presidente da Casa rígido com as finanças e equacionando corretamente o orçamento, a diminuição dos gastos não será um problema, até porque é uma realidade em algumas Câmaras Municipais brasileiras não utilizarem toda a verba e devolverem a mesma para a Prefeitura.

A Emenda Constitucional nº 58 levantou, em suma, questões relativas à representatividade dos vereadores. Pergunta-se, sobretudo, se os novos limites indicam, de fato, uma maior representatividade e se a diminuição dos gastos afetaria o bom funcionamento das Câmaras Municipais, problema este já esgotado anteriormente. Diversas visões são encontradas na população em geral, incluindo pessoas comuns, políticos, professores e também doutrinadores da área.

Muitos entendem que a representatividade nada mudará na prática, pois não é o quantitativo que faz

a diferença no legislativo e sim o trabalho de quem foi eleito, o cumprimento das promessas de campanhas e a efetividade dos princípios norteadores de cada partido e de cada candidato demonstrado na época das eleições.

Outros vêem a situação por outro prisma, pelo lado da educação. Acreditam que a população está devidamente representada, já que o voto é livre e os eleitos foram os escolhidos pela sociedade. Porém, na mesma medida da liberdade de votar está a falta de consciência de voto, tendo em vista que os eleitores não conhecem seus candidatos, votam por amizade, não sabem nem sequer o que significa representação popular para se sentirem representadas.

Vê-se, portanto, que o aumento do número de vereadores não é uma medida popular e sim política, pois não favorece diretamente a sociedade. O que tem que ser exigido e realizado não é um maior quantitativo e sim uma melhor qualidade, uma maior identidade e, por conseguinte, representatividade do vereador eleito e seus eleitores.

4. NOVO PARADIGMA PARA REPRESENTAÇÃO POPULAR NAS CÂMARAS DE VEREADORES

A proposta aqui é de mudança na legislação eleitoral no que tange as eleições dos vereadores.

Propõe-se que se faça uma nova divisão no território brasileiro, levando em consideração, principalmente, população e área, inclusive a zona rural, além de critérios de caráter subjetivo, como a realidade de cada localidade, que deverá ser objetivado com a

A MUDANÇA NOS MARCOS DE REPRESENTATIVIDADE

realização de um IDH de cada seção, bem como estudos em todos os âmbitos feitos pelas Secretarias de Saúde, Educação, Ambiente, Indústria e Comércio, entre outros – e, assim, reunissem nessa seção, localidades com realidades parecidas, para que não gere nenhuma injustiça.

O que não pode ser aceito, no entanto, são critérios dotados de uma carga exclusivamente subjetiva, para não dar espaço para discricionariedade e o sistema se poluir com interesses políticos, notadamente, pessoais. A partir dessa divisão em seções, a eleição e a atuação dos vereadores mudaria, pois estaria, em parte, vinculada a sua seção municipal eleitoral.

Essa mudança de base implicaria, sobretudo, na forma como o vereador seria eleito e na sua atuação. O candidato a vereador, devidamente filiado a um partido, somente poderia lançar candidatura em uma seção, na qual trabalharia e, periodicamente, realizar-se-iam sessões itinerantes, até mesmo como forma de fiscalização dos vereadores entre si, e também sessões nas Câmaras para viabilizar o processo legislativo de leis municipais e para garantir um bom funcionamento em todas as seções de um município, preservando, assim, a unidade.

É bem verdade que, como no Brasil existem municípios muito pequenos, uma seção poderá abarcar o município por inteiro e, até mesmo, mais de um município, a depender da divisão que seja realizada. Nesses casos, e chamamos atenção para os municípios com menos de 200 mil eleitores que podem ser utilizados como parâmetro, a Câmara de Vereadores tornar-se-ia única, visando uma maior economia para

o Estado, sem que ferisse a representatividade e sem ofender a igualdade frente aos outros municípios.

Assim, o vereador passaria a ser um “vereador seccional”, atuando mais firmemente em uma localidade, com seus problemas particulares e, atendendo, seja por meio de fiscalização, seja pelas sessões da Câmara, a população de todo o município.

Existe em alguns países, a figura do voto distrital, que guarda algumas relações com esse novo paradigma. O sistema distrital caracteriza-se pela divisão do país em distritos eleitorais – regiões com, em média, a mesma população – onde serão votados os parlamentares, completando as vagas.

Existe ainda o sistema distrital misto, utilizado na Alemanha, onde cada eleitor vota duas vezes, uma no candidato de sua preferência num determinado distrito, outra na lista de um dos partidos – que sugerem nomes para representar não somente uma região, mas todo o Estado.

O sistema distrital possui vantagens, pois assegura a identidade entre eleitores e parlamentares, além desses ficarem sob a fiscalização direta dos seus eleitores, que moram no seu distrito, configurando uma maior representatividade popular. Ademais, o voto distrital dificulta a radicalização política, uma vez que o candidato precisa ter a maioria em seu distrito para ser eleito e, considerando-se que em grande parte das comunidades, a maioria não é radical, torna a política do país mais estável e menos passional, diminuindo, assim, até mesmo, a corrupção.

A MUDANÇA NOS MARCOS DE REPRESENTATIVIDADE

Por outro lado, o voto distrital pode criar verdadeiros “currais eleitorais”, retrocedendo ao coronelismo, onde havia continuidade de cargo e compra de votos. Ainda, é possível que o sistema distrital crie legisladores que somente estejam voltados aos problemas locais, relegando assuntos comuns ou que não dizem respeito ao seu distrito.

O sistema do vereador lotado em seções guarda semelhanças com o sistema distrital, mas deve ser entendido, criado e estruturado para combater essas críticas. O medo de retorno ao coronelismo seria rechaçado pelo próprio sistema, pois haveria mais fiscalização, além da fiscalização do povo, que não mais precisaria dos favores dos políticos corruptos ou não aceitariam mais a compra de votos, pois teria uma política eficaz na sua seção e no município como um todo. Ao contrário do coronelismo, o novo paradigma privilegiaria as idéias em detrimento do poder econômico. Lógico que toda essa questão passa, primeiramente, pela educação; a possível criação de feudos eleitorais, nesse caso, não seria um problema do novo paradigma e sim de educação.

No que tange a criação de legisladores voltados somente aos problemas locais, trazendo, assim, até mesmo uma disparidade na qualidade da atuação entre as seções, a solução já foi apresentada, pois são previstas as chamadas seções itinerantes e a Câmara Municipal não vai ser desfeita e sim reajustada ao novo modelo.

O novo modelo garante uma política municipal eficaz, no momento em que não ignora nenhuma parcela da sociedade. O país estaria, como um todo,

dividido em seções municipais, onde existiram vereadores dispostos a ouvir e solucionar os problemas daquela região. As próprias associações de moradores dos bairros teriam uma eficácia maior e seriam, também, de grande ajuda no trabalho dos vereadores. É possível, inclusive, que saia dali um grande político, disposto a ajudar e a fazer o município crescer, mas que nunca teve oportunidade no sistema atual, visto que o poder econômico prevalece nas nossas eleições.

Interessante ressaltar que a Câmara Municipal de Salvador possui um projeto chamado “Câmara vai aos bairros”¹⁶, no qual os vereadores vão a um determinado bairro ouvir a população sobre suas necessidades. Com o sistema proposto, isso seria realizado diariamente, como forma eficaz de política, tornando, de fato, o vereador o representante mais próximo do povo e ajudando, até mesmo, o prefeito, esclarecendo as problemáticas do município, naquilo que couber.

Vê-se, portanto, que o objetivo da inserção desse novo paradigma é fortalecer a representatividade e tornar a política do Brasil mais eficaz. As eleições de vereadores, hoje, não são dotadas da seriedade que precisam. Figuras “folclóricas” se candidatam e acabam conseguindo o chamado “voto de galhofa”, seja porque os eleitores estão desacreditados na política ou porque não entendem a importância que o voto tem. Contra isso, a eficácia do sistema do “vereador seccional” acaba impulsionando uma maior

16. Nesse contexto, ver: <<http://www.cms.ba.gov.br/noticias.asp?refnot=852>>.

consciência na hora de cada cidadão-eleitor escolher seu candidato e votar.

Outro ponto-chave do sistema é o impacto nas campanhas eleitorais. Mais uma vez, a melhoria é certa, uma vez que o sistema atual favorece o poder econômico em detrimento das idéias. Hoje, candidatos que não trabalham, que, muitas vezes, são corruptos, mas que possuem força econômica, acabam se elegendo, pois fazem campanha na cidade inteira, por diversos meios. Com a adoção do novo paradigma dificultará a eleição para esses, já que a população estará mais próxima dos candidatos, os debates serão mais freqüentes, a fiscalização e a cobrança serão diretas, dando subsídio para a sociedade escolher quem realmente tem idéias e atitudes benéficas.

Richard Posner entende que os legisladores nada fariam em prol do interesse público:

Presumo que os legisladores sejam maximizadores racionais¹⁷ de suas satisfações tanto quanto as outras pessoas. Portanto, nada do que fazem é motivado pelo interesse público enquanto tal. Todavia, eles querem ser eleitos e reeleitos, e precisam de dinheiro para fazer uma campanha eficaz. [...] O indivíduo racional sabe que sua contribuição provavelmente não faça diferença alguma; por esse motivo, e também porque na maioria das eleições os eleitores votam em candidatos e não em projetos políticos, o que enfraquece ainda mais a relação entre votar e obter o tipo de política pública que se prefere, o indivíduo racional

17. "Racional", para Posner, significa adequação de meios a fins e não meditação sobre as coisas.

terá pouco incentivo para investir tempo e empenho para decidir em quem votar.¹⁸

Tomando a doutrina de Posner como parâmetro, estaríamos, mais uma vez, fortalecendo a eficácia do paradigma proposto, uma vez que o “vereador seccional” por estar mais próximo do povo, do seu eleitor, estaria sendo mais cobrado e fiscalizado e, portanto, sendo obrigado a preservar o interesse público e realizar as promessas de campanhas. Do outro lado, o eleitor vendo uma melhoria, sendo aproximado do sistema político e se sentindo realmente representado, começaria a tornar o ato de votar, um ato dotado de seriedade.

O novo paradigma para representação popular nas Câmaras de Vereadores não é, como se vê, um sistema simples. São necessário muitos estudos do Brasil como um todo, para a sua viabilidade, sua implementação, porém é de grande valia no que tange a representatividade popular e a efetividade das políticas públicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A representatividade é a questão central de todas as discussões apresentadas. A opinião pública é uma grande força e deve ser bem representada, exercida de forma efetiva. Cada cidadão deve ter a consciência de que faz parte dessa força e, também, se sentir representado. No Brasil, no entanto, a relação entre

18. POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 474.

os políticos e seus eleitores é fraca, distante, não havendo compromisso de nenhum dos pólos, tornando o voto apenas uma obrigação e não um direito.

A Emenda Constitucional nº 58, de 23 de setembro de 2009, que estabelece novos limites para o número de vereadores, observando a proporcionalidade, não garante, por si só, uma verdadeira representatividade. Não é o quantitativo que interessa e sim a qualidade e a aproximação do vereador com o cidadão. Acertada, porém, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal que suspendeu a eficácia do inciso I, art. 3º da supramencionada emenda, que fazia retroceder os efeitos para o pleito de 2008, ferindo a garantia da representatividade política.

O novo paradigma do “vereador seccional” apresentado, por outro lado, se mostrou eficaz não só nas políticas públicas, como também na questão da representatividade, uma vez que mais próximo dos eleitores, os vereadores poderão representá-los de forma adequada. Para isso, deve-se criar um sistema claro que dê oportunidade para àqueles que realmente querem trabalhar em prol da sociedade e que possibilite uma fiscalização dos cidadãos-eleitores a todos os políticos, construindo, assim, uma sociedade livre, justa e solidária, além de promover o bem de todos, como preceitua a nossa Constituição Federal.

Por todo o exposto, vê-se que, o que mais interessa aos cidadãos brasileiros, hoje, é a efetividade das políticas públicas somadas com o cumprimento das promessas de campanha, o que resulta na voz do povo sendo, finalmente, ouvida pelos seus representantes. O que se quer garantir é que os

representantes do povo sejam fiéis a ele e que o representem de forma adequada; e que, ainda, a população se sinta representada. Nas palavras de Martin Luther King, falam todos os cidadãos: “O que mais me preocupa não é nem o grito dos violentos, dos corruptos [...]. O que mais me preocupa é o silêncio dos bons”.

REFERÊNCIAS

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR. **Regimento Interno da Câmara Municipal de Salvador.**

Disponível em: <<http://www.cms.ba.gov.br/updiv/regimento/index.html>>. Acesso em: 15 de março de 2010.

Constituição da República Federativa do Brasil.

42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Consulta TSE nº 1421. Disponível em: <<http://www.tre-ms.gov.br/resolucaotse/Res22556.pdf>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2010.

Emenda Constitucional nº 58. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc58.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2009.

Funções e surgimento dos vereadores. Disponível

em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?pagina=2&idarea=45&idmodelo=9226>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

MARQUES, Giovani. **Das vantagens e desvantagens da adoção do Voto Distrital no Brasil.**

Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/28141/27699>>. Acesso em: 22 de março de 2010.

Projeto quer acabar com salário para vereador.

Disponível em: <<http://www.veredores.net/2009/09/projeto-quer-acabar-com-salario-para-vereador/comment-page-1/#comment-2572>>. Acesso em: 25 de março de 2010.

RAMAYANA, Marcos. **Código Eleitoral Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2007.

RE 197917. **Famoso Caso Mira Estrela**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

Representatividade política. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Representa%C3%A7%C3%A3o_\(pol%C3%ADtica\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Representa%C3%A7%C3%A3o_(pol%C3%ADtica))> Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

Resolução/TSE 21702. Disponível em: <www.tse.gov.br/>. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

RODRIGUES FERREIRA, Manoel. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

SOARES DA COSTA, Adriano. **Instituição de Direito Eleitoral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

LARISSA ANDRADE TEIXEIRA BRANDÃO

POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 474.

Voto Distrital Misto ou Voto Proporcional. Disponível em: <<http://www.contraversao.com.br/politica/65-voto-distrital-misto-ou-voto-proporcional.html>>. Acesso em: 22 de março de 2010.

Capítulo III

As relações extraconjugais e o terceiro de boa-fé: união estável putativa e concubinato consentido

Marcus Vinícius Barreto Serra Júnior

Estudante de Direito da Faculdade Baiana de Direito
e Gestão e estagiário-pesquisador do Núcleo de Pesquisa
e Extensão da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



As relações extraconjugais e o terceiro de boa-fé: união estável putativa e concubinato consentido

Resumo: O principal objetivo deste artigo é buscar soluções jurídicas adequadas para o concubinato. Para tanto, deve ser analisada a possibilidade de reconhecimento das relações concubinárias como entidade familiar pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, existem alguns aspectos em desfavor disso, devido à vigência de dispositivos no ordenamento pátrio que obstam o reconhecimento desta entidade familiar, a exemplo do art. 1727 do Código Civil e o suposto princípio da monogamia. Com isso, através de um estudo doutrinário, jurisprudencial e principiológico, visa-se demonstrar a estreita semelhança entre o concubinato e a união estável para, a partir daí, argumentar em prol do reconhecimento do concubinato como uma entidade familiar autônoma, e conseqüentemente, merecedora de regime jurídico próprio, como as demais.

Palavras-chave: concubinato; entidade familiar; pluralidade familiar.

Sumário: 1. Introdução – 2. Famílias exemplificativas: interpretando o art. 226 da Constituição Federal: 2.1. Conceito de Família; 2.2. Constitucionalização do

Direito Civil: o Direito das Famílias visto sob outro prisma; 2.3. Monogamia: Princípio ou Valor Moral? – 3. Noções fundamentais: 3.1. União Estável: 3.1.1. Conceito; 3.1.2. Características; 3.1.3. Regime de Bens; 3.2. Concubinato: 3.2.1. Conceito; 3.2.2. União Estável Putativa; 3.2.3. Semelhanças com a União Estável – 4. O concubinato e os seus efeitos: 4.1. Considerações iniciais; 4.2. Teorias: 4.2.1. Negativa de Direitos aos Concubinos; 4.2.2. Concubinato em Sede Obrigacional; 4.2.3. Efeitos Familiares ao Concubinato – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Devido ao seu papel fundamental, a família necessita de uma atenção singular do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, visando assim, garantir que esse núcleo social obtenha o seu principal objetivo: a satisfação de seus membros.

Em resultado disso, o Direito das Famílias consiste num dos ramos do Direito que mais influenciam a vida de todos, sendo assim, a sua presença notória e incontestável. Isso é fato. Portanto, mesmo que um indivíduo opte, ao longo de sua vida, não desenvolver os institutos abarcados por este ramo do Direito, ele não terá escolha, visto que, ao nascer, ele proveio de uma família e, portanto, sofrerá os efeitos, a exemplo da filiação¹.

1. Sob pena de desviar o foco principal do presente trabalho, não haverá a devida verticalização deste tema.

Nesse sentido, verifica-se uma maior necessidade de adequação entre a realidade social e a legislação vigente para que não ocorram injustiças, afinal, o Direito das Famílias deve acompanhar a transitoriedade social, mesmo que seja em sede jurisprudencial e doutrinária, para posteriormente, desenvolver uma legislação pertinente.

Com o tema principal deste trabalho não é diferente. O concubinato, ultimamente, vem sendo alvo de diversas discussões acerca da possibilidade do seu reconhecimento pela ordem jurídica. Apesar de ser em passos curtos, os avanços são notórios, onde existem teorias mais exploradas visando salvaguardar os concubinos, para posteriormente, se possível, desenvolver um entendimento consolidado, uma vez que, ao longo dos anos, não se conseguiu uma decisão uniforme que atenda a todos os interesses em jogo, quais sejam, o direito dos concubinos e o do companheiro ou cônjuge “traído”.

2. FAMÍLIAS EXEMPLIFICATIVAS: INTERPRETANDO O ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1. Conceito de Família

Antes de adentrar na interpretação e os possíveis efeitos gerados pelo art. 226 da Carta Magna, é necessário tecer algumas considerações acerca do conceito de família, principal objeto deste preceito constitucional.

A família consiste no núcleo basilar da sociedade, tendo em vista a sua função essencial na vida dos indivíduos, formando os valores, a personalidade e a

própria conduta humana. A prova de todo esse poder determinativo na vida dos seres humanos fica aparente quando observa-se, muitas vezes, indivíduos que vivem em função da sua família.

Antigamente, quando se pensava em família, o que vinha à mente era uma estrutura única², onde pai, mãe e filhos viviam sob o mesmo teto, sustentados pelo laço da consangüinidade e da monogamia, deixando assim, a afetividade em segundo plano. Por isso, apesar serem corriqueiras, as relações sem o laço do matrimônio não ensejavam efeitos jurídicos, permanecendo assim na “clandestinidade”.

Modernamente, inclusive com o advento da Constituição de 1988, não é possível estabelecer um modelo uno de família³, tendo em vista as próprias peculiaridades de cada grupo familiar abarcados no nosso ordenamento jurídico. Acerca dessa transição do padrão familiar, vale frisar as seguintes reflexões de Leonardo Barreto Moreira Alves (2007, p. 132):

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família.

2. Nesse mesmo sentido, Leonardo Barreto Moreira Alves (2007, p. 130) afirma: “Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio.”
3. Apesar disso, a família atual não deixou de apresentar o seu elemento nuclear: a afetividade. Com o entendimento semelhante, Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 7) assevera: “Penso que a característica fundante da família atual é a afetividade.”

A partir dele, tal ente passa a ser fundamentalmente um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico, e sim fático: o afeto. Nessa esteira, observa-se que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas em que permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Em outras palavras, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.

Com este fundamento, discute-se em sede doutrinária, sobre a taxatividade⁴ ou não do art. 226 da Constituição, tendo em vista o surgimento de outros modelos familiares que não estão expressos neste dispositivo, à exemplo do concubinato e da união homoafetiva⁵.

Ao optar pela taxatividade do referido dispositivo, conseqüentemente, exclui-se qualquer possibilidade de surgimento de novas entidades familiares com o devido reconhecimento do nosso ordenamento, ou seja, negaria a hipótese vanguardista, onde a Constituição foi feita para ter a máxima eficácia e suas normas consistem em conceitos abertos.

4. Para melhor definir a opção pela taxatividade, Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 44) aduz: “A exclusão não está na Constituição, mas na interpretação.”

5. Não há a devida apreciação acerca deste instituto, tendo em vista que este não se enquadra no objetivo do presente trabalho.

A opção por um dispositivo exemplificativo daria ensejo ao reconhecimento de outros grupos familiares que não seguem exatamente as estruturas do casamento, da união estável ou da família monoparental. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 44), existem três dispositivos constitucionais que levam à inclusão de outras entidades familiares não elencadas no rol constitucional, quais sejam, o art. 226, *caput*, §4º e §8º.

2.2. Constitucionalização do Direito Civil: o Direito das Famílias visto sob outro prisma

Desde longa data, com os seus primeiros indícios a partir de Roma Antiga, a estrutura do Direito estava vinculada à dicotomia do direito público e direito privado. Dessa forma, antes da Carta Magna de 1988, as Constituições anteriores não versavam sobre as relações privadas, transformando assim, o Código Civil como a fonte suprema da seara privada⁶ e a Constituição Federal como a principal fonte administrativa e política do Estado⁷.

-
6. Segundo Gustavo Tepedino (2006, p. 38): “Afirmava-se, significativamente – e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos –, que o Código Civil brasileiro, como os outros códigos de sua época era a Constituição do direito privado. De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-se contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas.”. Seguem a mesma linha, Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 1) e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2010, p. 32)
7. Assim, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2010, p. 32) afirmam que “o Direito Constitucional se restringia a cuidar

Conforme as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 33-34), o Código Civil em decorrência do passar do tempo sofreu um processo de erosão, e por isso, foi cada vez mais perdendo a sua função de única e suprema fonte do Direito Civil brasileiro, tendo em vista o surgimento de outras legislações não-codificadas que tratavam de matérias de ordem civil.

Toda essa transição contribuiu consideravelmente para a inserção de princípios e regras que antes eram exclusivamente tratados pelo Código Civil na Constituição Federal. A Constituição de 1988 teve suma importância na mudança interpretativa de todos os ramos do Direito e a partir disso, surge como uma das consequências a Constitucionalização do Direito Civil.

Para tanto, o Direito Civil deixou de ser um ramo absoluto, sem influência e à margem do Direito Constitucional, para se condicionar à interpretação conforme os dispositivos e os princípios constitucionais, visando se adequar, cada vez mais, às mudanças sociais⁸, sob pena de ser eivado de inconstitucionalidade.

da organização política e administrativa do Estado, relegando para o Código Civil a tarefa de disciplinar as relações privadas.”

8. Acerca disso, Paulo Luiz Netto Lobo (1999, p. 1) afirma: “Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista

De outro modo, deve-se atentar para não ocorrer a confusão entre a Constitucionalização do Direito Civil e a Publicização do Direito Civil. Apesar de, superficialmente, parecerem expressões intimamente ligadas, torna-se indispensável a sua distinção. Em suma, a Publicização do Direito Civil consiste no fenômeno da atribuição de natureza pública às normas que são essencialmente privadas enquanto a Constitucionalização do Direito Civil consiste no fenômeno de inclusão das normas de direito privado no âmbito constitucional, submetendo inclusive, a interpretação e aplicação de suas normas ao filtro constitucional.

Sobre este tema, inclusive, distinguindo substancialmente os dois fenômenos, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 39) lecionam:

Desse modo, enquanto a constitucionalização do Direito Civil implica na migração das regras e princípios fundamentais do Direito Privado para a sede constitucional, sem alterar a natureza privada da norma jurídica, a publicização do Direito Civil resulta de uma interferência estatal em determinadas relações privadas, com o escopo de nivelar a posição das partes, evitando que a superioridade econômica de uma delas prejudique a outra e conferindo uma certa dose de caráter público a uma relação cuja natureza, originariamente, era estritamente privada.

interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).”

Ante o exposto, resta evidente que a constitucionalização do Direito Civil é um dos elementos fundamentais para oxigenar este ramo do Direito, possibilitando que as normas e os princípios jurídicos acompanhem a dinâmica social e contribuam para a persecução da justiça.

2.3. Monogamia: Princípio ou Valor Moral?

Apesar da transição observada entre a supremacia da família matrimonializada para a família baseada na afetividade e na realização da dignidade da pessoa humana, ainda discute-se sobre a função da monogamia e suas conseqüências no sistema jurídico.

Adotar a monogamia como um princípio⁹ absoluto, seria desconsiderar outros princípios constitucionais como o da liberdade e da dignidade da pessoa humana, pois ambos estão previstos no Texto Constitucional¹⁰ e servem para nortear todo o ordenamento jurídico, inclusive o Direito das Famílias, através do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, tratada em tópico anterior.

O modelo familiar, independentemente de ser monogâmico, bigâmico ou poligâmico, deve respeitar

9. Dessa forma, Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 47-48) se manifesta: “O princípio da MONOGAMIA, embora funcione como um ponto-chave das conexões morais, não é uma regra moral, nem moralista. É um princípio jurídico organizador das relações conjugais.”

10. Conforme o art. 5º, *caput* e o art. 1º, inciso III, respectivamente.

a dignidade dos seus componentes, pois esta consiste no núcleo das entidades familiares, juntamente com a liberdade e a afetividade.

Estando os três principais elementos presentes, não cabe ao Estado recriminar tais famílias, respeitando assim a autonomia privada. Essa demonstração é extremamente nítida nos casos onde há o concubinato consentido, ou seja, quando os indivíduos vivem uma vida à três e conseqüentemente, estão confortáveis com essa situação.

Ressalte-se ainda que não existe previsão legal ou constitucional¹¹ expressa estabelecendo a monogamia como um princípio absoluto no direito brasileiro, o que ocorre é a existência de algumas normas que reprimem o concubinato, mas nem por isso, ele deixa de existir. Em sentido contrário, existem doutrinadores que sustentam a monogamia como um elemento ordenador da família contemporânea estabelecido implicitamente pelo legislador, portanto, serve de impedimento para que o concubinato produza efeitos jurídicos¹².

-
11. Na mesma linha, Maria Berenice Dias (2009, p. 60) discorre: “Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpre o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla.”
12. Seguindo este entendimento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal (2009, p. 389-390) lecionam: “De qualquer maneira, restaria uma dificuldade para que se admitisse o concubinato no ambiente do Direito de Família por conta da

3. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

3.1. União Estável

3.1.1. Conceito

Os seres humanos, desde a sua existência, tem necessidade de se relacionar. Essa característica transparece a partir do momento em que, na Antiguidade¹³, os indivíduos começaram a conviver em grupo, com o intuito principal de se proteger e reproduzir. Ao longo dos anos, as relações afetivas foram se desenvolvendo, e a partir disso, surgiram institutos como o casamento¹⁴.

necessária compatibilização com o princípio da monogamia, acolhido implicitamente em nosso sistema pelo art. 1.521 do Código Civil. Por derradeiro, vale encalamistrar que o direito brasileiro estabelece limites ao concubinato, vedando a produção de determinados efeitos. São proibições, com o escopo de impedir a prática de determinados, sob pena de nulidade e, por conseguinte, a não produção de qualquer efeito. As vedações são as seguintes: *a)* proibição de realizar doação em favor do concubino (CC, art. 550); *b)* proibição de estipular seguro de vida em favor do concubino (CC, art. 793); *c)* proibição de contemplar herança ou legado, em testamento, beneficiando o concubino (CC, art. 1.801, III); *d)* impossibilidade de receber alimentos (CC, art. 1.694).”.

13. Discorrendo sobre o surgimento das relações humanas, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 381-382) afirmam: “*Prima facie*, convém um registro da matéria na história geral, para lembrar que a união afetiva livre, informal, sempre existiu (e sempre existirá). A história, inclusive, revela que, entre diversos povos da Antiguidade, a união entre homem e mulher sem casamento não era algo reprovável, condenável”
14. Vale ressaltar que o objetivo do presente trabalho não é estudar este instituto, mas para abordar o tópico em questão é

O casamento foi considerado, por muito tempo, uma relação vitalícia e superprotegida pela Igreja Católica, não dando vazão ao reconhecimento de qualquer outro tipo de entidade familiar. Entretanto, com o passar do tempo, as pessoas perceberam que este instituto não é tão perfeito como parecia, tendo em vista que as pessoas não conseguiam manter o sentimento e o afeto que originou aquela relação.

Depois da tentativa frustrada de prosperidade num matrimônio, as pessoas se relacionavam, mesmo sem ter proteção jurídica, após o seu “término”, ainda sem existir o instituto do divórcio. Portanto, a união estável, em seu bojo, é preexistente a sua regulamentação, visto que, antes da Constituição de 1988, várias relações interpessoais apresentavam todas as características inerentes a este instituto, mas não eram, até então, reconhecidas e regulamentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Durante esse tempo, a união estável persistia como uma espécie de concubinato, sendo assim, denominada como concubinato puro, e o concubinato atual era denominado como concubinato impuro ou adúlterino¹⁵. Com a sua devida regulamentação,

necessário a abordagem, ainda que superficial, deste.

15. Acerca dessa transição de nomenclatura, Rolf Madaleno (2008, p. 437) ressalta: “Concubinato e união estável deixaram de identificar o mesmo conceito na presente codificação civil, e, portanto, não são palavras sinônimas, mas antes, representam duas situações completamente distintas, onde as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato (art. 1727), e onde a convivência pública entre um homem e uma mulher, continua

a união estável adquiriu *status* de entidade familiar, assim como o casamento, e a família monoparental.

A união estável é caracterizada, segundo grande parcela da doutrina, como uma relação afetiva entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, que preza a durabilidade, a estabilidade, a publicidade, a convivência¹⁶ e a ausência de impedimentos matrimoniais.

Outro aspecto da união estável é a semelhança com a vida do casamento, visto que, os companheiros da união estável vivem como se casados fossem, mas apenas não enfrentaram toda a solenidade que marca o casamento civil, tratando-se assim de apenas um “casamento” de fato. Entretanto, vale ressaltar que, apesar de algumas semelhanças entre essas duas entidades familiares, a união estável e o casamento apresentam diversas singularidades que as definem no Direito das Famílias atual, a exemplo no regime sucessório, da natureza jurídica dos institutos e a formalidade exigida no casamento que é dispensada na união estável.

e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família configura a união estável (art. 1.723). No passado o concubinato se dividia entre o puro e o impuro, conforme existisse ou não impedimento para o casamento e podia ser reconhecido mesmo quando os concubinos não vivessem sob o mesmo teto (Súmula nº 382 do STF).”

16. Respeitando esses pressupostos, não há como não atentar para a lição de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 28-29): “a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adúlterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil.”.

Ademais, existem alguns doutrinadores que defendem a inclusão das uniões homoafetivas como um tipo de união estável, sendo assim, o conceito de união estável deixaria de ser apenas uma relação afetiva entre homem e mulher e passaria a ser entre dois indivíduos.

3.1.2. Características

A união estável, como entidade familiar constitucionalmente assegurada, tem como principais características a convivência, a publicidade, a durabilidade, a afetividade, o intuito de constituir família e a ausência de impedimentos matrimoniais.

A convivência consiste em que, os companheiros da união estável devem desenvolver um convívio sólido que demonstre a continuidade do seu vínculo. A regra é que essa convivência seja sob o mesmo teto, até mesmo, para o melhor desdobramento do vínculo e a sua identificação perante a sociedade. Entretanto, conforme preza a Súmula 382¹⁷ do STF e o art. 1.723 do Código Civil, essa convivência pode ser sob o mesmo teto ou não, visto que, alguns indivíduos, por motivos financeiros, laborais, entre outros, não podem conviver no mesmo ambiente, mas, mesmo assim, constituem união estável.

17. Súmula 382 STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, “more uxorio”, não é indispensável à caracterização do concubinato.” Vale ressaltar que, apesar de a Súmula mencionar a palavra “concubinato”, estava-se falando em união estável, visto que, antes da Constituição a união estável era denominada de concubinato puro.

A publicidade é observada a partir da convivência pública e notória dos companheiros da união estável. Isso pode ser identificado a partir do momento em que os indivíduos se apresentam perante a sociedade como se casados fossem, assumindo assim, a seriedade do relacionamento. Através dessa característica, afasta-se a possibilidade das relações obscuras e secretas terem a possibilidade causar efeitos jurídicos para os indivíduos que participam dela.

A durabilidade ou continuidade do vínculo é identificada quando este apresenta solidez, ou seja, pode até ocorrer alguns desentendimentos entre os companheiros e até mesmo, alguns “rompimentos” transitórios, mas a essência da relação sólida continua. Esse aspecto visa afastar da caracterização de união estável os eventuais namoros transitórios ou até mesmo, a situação dos “ficantes”¹⁸.

A afetividade é um aspecto da união estável, uma vez que não existe uma relação de companheirismo sem afeto. Geralmente, duas pessoas iniciam um relacionamento devido ao amor que um sente pelo outro, decorrendo desse pressuposto surge a afetividade.

O intuito de constituir família consiste numa característica fundamental na identificação da união estável, visto que, se não há intenção de caracterizar uma entidade familiar por parte dos companheiros, não caberia ao ordenamento jurídico a conferir todos os deveres e direitos inerentes a ela.

18. Trata-se de uma relação afetiva, geralmente de curta duração, que pode resultar, posteriormente, numa relação mais séria.

Alguns doutrinadores ainda apresentam outras características, como a dualidade dos sexos¹⁹, mas há controvérsias devido ao advento do reconhecimento gradual das uniões homoafetivas. Atuando para o reconhecimento da desnecessidade dessa característica²⁰, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 394-395) asseguram:

É bem verdade que esse elemento caracterizador das entidades familiares apresenta-se conectado a padrões morais de outros tempos, argumentando parte da doutrina que a exigência de dualidade de sexos decorreria da impossibilidade de os homossexuais assumirem, concomitantemente, o papel de pai e mãe em uma relação familiar. Não nos parece razoável. Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas.

-
19. Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 560) adota esse entendimento: “Por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, apenas com a diferença de não exigir a formalidade da celebração, a união estável só pode decorrer de relacionamento entre pessoas de sexo diferente.”
20. Pensando na mesma linha, segue Rolf Madaleno (2008, p. 771) ao afirmar: “Nenhuma relação afetiva pode ficar à margem da proteção estatal, haja vista ser preceito da Carta Federal e convalidado como cláusula pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana e a homossexualidade é um fato da vida e que respeita à esfera privada de cada um.”

Corroborando e fundamentando tal entendimento, é exemplar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. A competência para processar e julgar as ações relativas aos relacionamentos afetivos homossexuais. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70023812423, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 02/10/2008)

Apesar desse posicionamento *contra legem* acerca da dualidade dos sexos, quem opta por ser uma característica da união estável, está completamente resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro, estando assim, conforme o art. 226, § 3^o²¹ Constituição Federal e o art. 1723²² do Código Civil.

21. **Art. 226, § 3^o** “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”
22. **Art. 1.723** “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência

Visando definir os contornos da união estável e afastá-la de outras relações semelhantes, a exemplo do concubinato, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 566) propõe a inserção da relação monogâmica como uma de suas características²³.

3.1.3. Regime de Bens

A união estável como entidade familiar, independente da vontade dos companheiros, desde o seu início provoca efeitos jurídicos na seara patrimonial. De acordo com o art. 1.725²⁴, se os companheiros não estabelecerem o contrário, o regime da união estável, em regra, é o da comunhão parcial de bens.

Semelhante aos efeitos atribuídos ao casamento durante a comunhão parcial, os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável pertencem 50% a cada companheiro, mesmo se um dos companheiros não tiver contribuído financeiramente na aquisição, ocorrendo assim, uma presunção de colaboração, emocional ou financeira, determinada pelo ordenamento jurídico pátrio. Essa presunção, apesar de aparentar inadequada quando não há participação financeira na aquisição por parte de um dos companheiros, é baseada na colaboração diária no

pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

23. Sobre monogamia, este trabalho já se debruçou, no ponto relativo aos princípios

24. **Art. 1.725** “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

relacionamento, conforme demonstra a jurisprudência do STJ:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. **ESFORÇO COMUM QUE SE PRESUME.** - Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitados os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes. - É inviável, em sede de recurso especial, o reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 7, STJ. - O regime patrimonial da união estável implica em se reconhecer condomínio com relação aos bens adquiridos por um ou por ambos os companheiros a título oneroso durante o relacionamento, conforme dispõe o art. 5º da Lei n.º 9.278/96. - A comunicabilidade de bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, que merecem interpretação restritiva. - **Deve-se reconhecer a contribuição indireta do companheiro, que consiste no apoio, conforto moral e solidariedade para a formação de uma família. Se a participação de um dos companheiros se resume a isto, ao auxílio imaterial, tal fato não pode ser ignorado pelo direito.** Recurso parcialmente provido. (REsp 915297/MG, Terceira Turma do STJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi.) (grifos aditados)

Caso os companheiros optem por celebrar um contrato para determinar o regime de bens aplicável a sua união estável, este pode adotar um dos regimes previstos no Código Civil ou criar um regime de bens próprio para se adequar a particularidade da união, desde que não atente contra os direitos fundamentais

dos indivíduos. Acerca da função deste tipo de contrato, Rolf Madaleno (2008, p. 799-800) assegura:

Pela via do *contrato de convivência* os integrantes da união estável promovem a auto-regulamentação do seu relacionamento, no plano econômico e existencial, e a contratação escrita do relacionamento de união estável não representa a validade incontestável da relação estável, porque o documento escrito pelos conviventes está condicionado à correspondência fática da entidade familiar e dos pressupostos de reconhecimento (art. 1.723), ausentes os impedimentos previstos para o casamento (art. 1.521), porque não pode constituir uma união estável quem não pode casar.

Conforme o exposto pelo autor supramencionado, o contrato de convivência, além de auto-regulamentar o relacionamento dos companheiros, se mostra como um aspecto interessante para eles, tendo em vista que, a partir da celebração, pode-se estabelecer o marco inicial do relacionamento, havendo correspondência com os fatos. Vale ressaltar que, como outro contrato qualquer, o contrato de convivência pode ser objeto de alteração, mas, para isso, deve haver o consentimento mútuo e desde que não prejudique terceiros.

3.2. Concubinato

3.2.1. Conceito

Apesar de estar mais “explícito” e comentado no século XXI, o concubinato é uma entidade familiar presente desde as primeiras relações interpessoais. Entretanto, antigamente não se dava atenção a esta

entidade devido à grande influência do Catolicismo, onde se pregava a supremacia da família monogâmica e matrimonial, gerando então, muito preconceito e repúdio social.²⁵

Atualmente, o que é definido como concubinato consiste na forma adúltera ou impura de antes da Constituição de 1988. Ademais, este núcleo familiar também foi conceituado e considerado um ilícito civil a partir do Código Civil de 2002 no art. 1.727²⁶, mas apesar dessa atenção, o Código Civil se omitiu a estabelecer as medidas a serem tomadas e os efeitos jurídicos reservados ao concubinato, se por acaso ocorresse.

A partir da interpretação do art. 1.727 e das construções doutrinárias atuais, o concubinato consiste numa relação entre homem e mulher, geralmente mantida às escondidas, onde um dos dois já participa de uma união estável ou casamento.

3.2.2. União Estável Putativa

A putatividade está presente quando uma situação de fato aparenta ser uma e realmente se enquadra

25. Dessa forma, Maria Berenice Dias (2009, p.50) afirma: “O **concubinato** chamado de adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinagem, é alvo de repúdio social. Nem por isso essas uniões deixam de existir, e em larga escala. A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que são condenados só privilegia o “bígamo”.”

26. **Art. 1.727.** “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

em outra. Nesses casos, transparece para a sociedade a existência de um tipo de relação, mas, na verdade, se trata de outro.

O clássico caso de putatividade, no âmbito do Direito das Famílias, é o casamento putativo, onde os indivíduos contraem uma relação com a existência de alguma nulidade que macule a relação, mas, se um dos indivíduos estiver de boa-fé, todos os efeitos serão válidos para este.

De outro modo, a união estável putativa consiste, de certa forma, num tipo de concubinato. Esta ocorre quando um dos companheiros, de boa-fé, acredita ser parte de uma união estável, sem saber que o seu companheiro já participa de uma união estável ou casamento.

Nesse caso, apesar da lacuna legislativa, existe a necessidade de atribuir efeitos jurídicos a relação estabelecida entre o terceiro de boa-fé e o adúltero²⁷, assim como ocorre no casamento putativo. Para ambos os casos, os efeitos jurídicos para o terceiro de boa-fé persiste na manutenção dos efeitos da relação que eles acreditavam estar. Apresentando esse entendimento, da necessidade de suprimento da lacu-

27. É esclarecido por Maria Berenice Dias (2009, p. 50) ao afirmar que “Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à **invisibilidade**. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. Pelo jeito, infringir o dogma da monogamia assegura **privilégios**.”

na legislativa ou a aplicação do art. 1.561²⁸ por analogia, afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2009, p. 399):

Não nos parece a melhor opção. Com efeito, considerando que o casamento pode ser putativo (veja-se, a respeito, o art. 1.561 do Código Civil), quando, apesar de nulo ou anulável, um (ou mesmo ambos) dos cônjuges estiver de boa-fé (incorrendo em erro desculpável), não se vê motivo para impedir a caracterização de uma união estável como tal.

Apesar de ser nitidamente uma “afrenta” a monogamia, tão defendida, direta ou indiretamente, por nosso ordenamento jurídico, a união estável putativa e o casamento putativo devem ser abraçados pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que, uma das características principais do sistema jurídico é proteger o indivíduo de boa-fé.

3.2.3. Semelhanças com a União Estável

O concubinato frequentemente apresenta diversas características inerentes à união estável. Entretanto, sempre existiu e perdura até os dias de hoje, uma total repressão a este tipo de relação, negando assim, os efeitos plenos do Direito das Famílias como qualquer outra entidade familiar, tendo embasamento apenas na defesa absoluta do preceito

28. **Art. 1.561.** “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.”

ordenador da monogamia²⁹ e na sua ilicitude, o que não deve prevalecer.

A priori, adotar tal idéia e reconhecer o status de entidade familiar ao concubinato parece ser uma atitude incabível e desrespeitosa perante o ordenamento jurídico brasileiro, mas o mais absurdo é deixar de lado este tipo de relação e beneficiar apenas o infiel, conforme expressa Maria Berenice Dias (2009, p. 61) em seu manual, optando pelo reconhecimento desta entidade familiar:

Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais – agora chamadas de uniões homoafetivas – e as uniões estáveis paralelas – preconceituosamente nominadas de “concubinato adúlterino” –, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias. Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça.

Percebendo os fundamentos existentes em prol do reconhecimento de efeitos jurídicos ao concubinato, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestou:

29. Corroborando entendimento semelhante, Maria Berenice Dias (2009, p. 51) afirma a respeito das famílias paralelas “A quem quer lhe negar efeitos jurídicos, justificativas não faltam. A alegação é de que a distinção entre concubinato adúlterino e união estável busca manter a coerência com o preceito ordenador da **monogamia**.”

APELAÇÃO CÍVEL. **CONCUBINATO**. ART. 1.727 DO CC/02. DIREITO A ALIMENTOS. ART. 1.694 DO CC/02. Ainda que o relacionamento mantido entre os litigantes seja tido como um **concupinato**, na forma do art. 1.727 do CC/02, também este se enquadra na categoria de entidade familiar a ensejar o direito de alimentos entre os concubinos, se presente a afetividade entre o casal, enquanto tal relacionamento perdurou. E a afetividade, no caso, existia entre os litigantes, devendo ser mantida a pensão alimentícia na forma como fixada na sentença. A omissão contida no art. 1.694 do CC/02 não afasta a concessão do direito em discussão. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70032101727, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 12/11/2009)³⁰

Pode-se constatar, em muitas oportunidades, numa relação concubinária: a publicidade, a convivência, a durabilidade, o intuito de constituir família e a afetividade.

A publicidade ocorre, geralmente, nas mesmas condições da união estável, quando o concubino apresenta a concubina perante a sociedade como se sua mulher “legítima” fosse, ou seja, nesse caso, não se trata de um relacionamento transitório e mantido às escuras.

30. Essa decisão ratifica a decisão anterior do Agravo de Instrumento nº 70010698074, reconhecendo o concubinato como entidade familiar e conseqüentemente, conferindo alimentos à concubina.

A convivência é o elemento essencial de qualquer entidade familiar, por isso, encontra-se nitidamente presente nas relações concubinárias, quando os concubinos dividem uma vida em comum.

A durabilidade é expressa a partir da persistência do vínculo entre os indivíduos ao longo do tempo. Vale ressaltar que, muitas vezes, as relações classificadas como concubinárias têm a duração de uma relação familiar qualquer, como o casamento ou a própria união estável, perdurando assim por muitos anos. Assim, reconhecendo essa característica e a própria natureza de entidade familiar do concubinato, discorreu o Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto vencido no seguinte julgamento:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE) - É. Adiantei que estava escrito nas estrelas que Valdemar do Amor Divino teria de se encontrar com Joana da Paixão Luz e votei no sentido de que, para a Constituição, não existe o concubinato, existe mesmo o companheirismo. Por isso, entendo que, se há um núcleo doméstico estabilizado no tempo, é dever do Estado ampará-lo como se entidade familiar fosse, como real entidade familiar, até porque os filhos, que merecem absoluta proteção do Estado, não têm nada a ver com a natureza da relação entre os pais. Interessa é que o núcleo familiar em si mesmo merece toda a proteção. (RE 590779-1/ES, Primeira Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio)

Os indivíduos ao decidirem iniciar uma relação simultânea à outra preexistente, eles estão, de certa forma, assumindo o intuito de constituir uma família, tendo em vista que, muitas vezes, dessas relações decorrem muitos fatos importantes como a filiação.

Apesar de parecerem institutos tão próximos, o concubinato e a união estável são considerados como extremos, conforme se manifesta a maioria dos Tribunais brasileiros, inclusive o STJ, decidindo geralmente dessa forma:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL. CARACTERIZAÇÃO. DIFERENÇA DE INSTITUTOS E EFEITOS JURÍDICOS. PARTILHA DE BENS. ESFORÇO COMUM. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. Não há falar em comprovação do dissídio pretoriano, na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando ausente a similitude fática entre os acórdãos confrontados. **2. Esta Corte Superior consagrou o entendimento de que a relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges.** 3. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência firmada na vertente de ser descabido o compartilhamento da pensão por morte entre a viúva e a concubina, uma vez que a pensão previdenciária somente é devida quando configurada a relação matrimonial ou a união estável, sendo inadmissível quando se tratar de concubinato. 4. Se o Tribunal de origem, com base no acervo fático e probatório dos autos, consignou que a concubina não logrou comprovar sua efetiva colaboração para a construção do patrimônio do de cujus, pelo que, ainda que se considerasse eventual sociedade de fato, não haveria bem a partilhar, chegar a

conclusão diversa - no sentido da ocorrência de esforço comum -, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado na via especial, a teor da Súmula 07 do STJ. 5. Aferir se os bens doados à concubina estavam abrangidos ou não pela comunhão universal é procedimento que encontra óbice na Súmula. 07 do STJ, por demandar reexame dos elementos de fato e de prova dos autos. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg 683975 / RS, Terceira Turma do STJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) (grifos aditados)

Portanto, há de se perceber que existe um movimento ainda resistente à respeito desse tema, visto que muitas pessoas, apesar de seguirem o modelo de família monogâmica, não admitem que outros possam ter relações concubinárias, desrespeitando assim, a autonomia da vontade.

4. O CONCUBINATO E OS SEUS EFEITOS

4.1. Considerações Iniciais

O concubinato, devido ao seu não reconhecimento pelo ordenamento jurídico, tem sido alvo de diversas discussões. Atuando veementemente, a doutrina e jurisprudência tentaram criar mecanismos para amenizar a injustiça que ocorria e ocorre até hoje. Entretanto, os avanços não ficam imune à críticas³¹, visto que o tema não é pacífico em sede

31. Segundo Guilherme Giacomelli Chanan (2007, p. 68): “Não há posicionamento pacífico na doutrina acerca do tema. A maioria dos autores ignora o concubinato adúltero, não fazendo

doutrinária e muito menos jurisprudencial, bem como as propostas para conferir efeitos jurídicos são consideradas muito tímidas, ou seja, caminhando em passos curtos quando comparado ao avanço social vivenciado.

De qualquer sorte, os avanços perfilhados até hoje, apesar de não serem ideais para garantir a dignidade dos concubinos, são extremamente válidos nessa trajetória para o reconhecimento do concubinato como uma entidade familiar autônoma. Antes de sugerir qualquer ideal para este impasse, vale tecer algumas considerações acerca das principais teorias sobre o tema, conforme os itens seguintes.

4.2. Teorias

4.2.1. Negativa de Direitos aos Concubinos

Com forte influência da Igreja Católica e do Código Civil anterior, os defensores dessa teoria negam qualquer tipo de direitos aos concubinos, justificando-se com base no suposto princípio da monogamia existente em nosso ordenamento, bem como o art. 1727 do Código Civil, onde há caracterização do concubinato como um ilícito civil.

qualquer referência sobre o assunto, ou quando o fazem, limitam-se a referir a impossibilidade de reconhecimento dessa união como entidade familiar. Ressaltam que reconhecer efeitos jurídicos a estas relações degradaria o sistema monogâmico de família e casamento.”

Com isso, os concubinos não fariam jus a nenhum direito, independente de qualquer circunstância³², ou seja, esta teoria serve apenas para tentar consagrar um sistema fechado de normas que não acompanha as mudanças sociais no decorrer do tempo. Portanto, assim decidiam os Tribunais brasileiros:

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. MATRIMÔNIO HÍGIDO. **CONCUBINATO.** RELACIONAMENTO SIMULTÂNEO. Embora a relação amorosa, é vasta a prova de que o varão não se desvinculou do lar matrimonial, permanecendo na companhia da esposa e familiares. Sendo o sistema monogâmico e não caracterizada a união putativa, o relacionamento lateral não gera qualquer tipo de direito. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA, VENCIDA A RELATORA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70010075695, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Maria Berenice Dias, Redator para Acórdão: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 27/04/2005)

Devido à sua intransigência, esta teoria logo entrou em decadência e quase não é mais utilizada nos

32. Questionando a supremacia da monogamia, Maria Berenice Dias (2009, p. 51) tece as seguintes considerações acerca do concubinato: “São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes. Além disso, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato consiste numa mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade.”

julgados mais recentes, permanecendo assim, as demais teorias a serem expostas neste trabalho.

4.2.2. Concubinato em Sede Obrigacional

Quando o assunto é relações interpessoais, não é possível esquecer dos efeitos patrimoniais que elas acarretam. De acordo com essa teoria, as relações concubinárias só teriam efeitos patrimoniais, não familiares, portanto, deveriam ser tratadas apenas em sede obrigacional, tendo como principal esteio a Súmula nº 380³³ do STF.

Como visto, trata-se de uma teoria essencialmente patrimonialista, descartando qualquer aspecto pessoal, portanto, independentemente se uma relação concubinária durou 5 ou 25 anos, se os concubinos construíram patrimônio em comum, este será tratado como se fosse uma sociedade de fato³⁴. Assim,

33. Súmula nº 380, STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

34. Dessa forma, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2009, p. 389) afirmam: “Todavia, é importante ter em mente a possibilidade de produção de efeitos jurídicos entre os concubinos. Tais consequências se projetam no campo obrigacional, afastadas do Direito de Família. Aliás, na linha desse entendimento, o Projeto de Lei nº 6.960/02 pretende alterar o art. 1.727 do Código Civil, para estabelecer que, havendo comprovação da existência de sociedade de fato no concubinato, a ele aplicar-se-ão as regras do contrato de sociedade. Tais efeitos patrimoniais do concubinato, por óbvio, dependem da prova efetiva pelo interessado da existência de colaboração recíproca e da aquisição patrimonial e decorrerão mesmo quando um dos concubinos é casado e convive com o

confirma as decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. ART. 6º, § 1º, DA LICC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 7 DO STJ. INAPLICABILIDADE. PARTILHA DE BENS. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. LEI N. 9.278/96. NÃO-INCIDÊNCIA. PERCENTUAL COMPATÍVEL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. É inviável o conhecimento de suposta ofensa a norma infraconstitucional se não houve prequestionamento nem a oposição de embargos declaratórios para provocar o seu exame pelo Tribunal de origem. 2. Afasta-se o óbice da Súmula n. 7 do STJ quando não se está a perquirir as circunstâncias fáticas do feito, mas tão-somente saber se a maternidade, criação e formação dos filhos pela concubina, bem como a dedicação por ela proporcionada ao réu para o exercício de suas atividades – como reconhecidamente albergado no aresto de origem –, mostram-se aptas, bastantes por si sós, para embasar a meação dos bens arrolados na peça preambular. 3. Demonstrado no acórdão recorrido, de forma incontestada, que a contribuição da concubina-autora para formação do patrimônio comum dos conviventes ocorreu de forma indireta, impõe-se o afastamento da meação, por sucumbir frente à prevalência da partilha dos bens que, a par das circunstâncias dos autos, não há que ser em partes iguais. 4. Inaplicabilidade, ainda

seu cônjuge. Registre-se, no entanto, que já há uma tendência doutrinária no Brasil para cuidar do concubinato em sede familiarista, inclusive com competência da vara de família.”

que por analogia, das disposições prescritas na Lei n. 9.278/96. **5. Incidência de normas legais e orientações jurisprudenciais que versam sobre concubinato, especialmente a Lei n. 8.971/94 e a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, delimitando que a atribuição à companheira ou ao companheiro de metade do patrimônio vincula-se diretamente ao esforço comum, consagrado na contribuição direta para o acréscimo ou a aquisição de bens mediante o aporte de recursos ou força de trabalho.** 6. Levando-se em conta a moderação e o bom senso recomendados para a hipótese em apreço, o arbitramento, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor dos bens adquiridos na constância do concubinato e apurados na instância ordinária, apresenta-se compatível com o caso em apreço, por encontrar amparo nos sempre requeridos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. 7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp Nº 914811/SP, Segunda Seção, Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Relator para Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, Julgado em 27/08/2008) (grifos adotados)

Caso os concubinos não construíssem patrimônio em comum, a concubina poderia pleitear uma indenização por serviços domésticos prestados. É isso mesmo. A doutrina e jurisprudência, durante um longo período de tempo, defendiam que, apesar de não conferir direitos de família aos concubinos, a concubina faria jus a uma indenização pelos serviços domésticos prestados durante a relação adúltera. Assim, decidia o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM. PRETENSÃO DE

INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Inexistindo acréscimo patrimonial e, por conseguinte, quaisquer bens a serem partilhados, entende esta Corte Superior possível o pagamento de indenização ao convivente que se dedicou exclusivamente aos afazeres domésticos, a título de indenização por serviços prestados. Precedentes. 2. Recurso conhecido e provido. (REsp 323909/RS, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Hélio Quágua Barbosa, Julgado em 15/05/2007)

Apesar disso, verifica-se nos julgados mais recentes³⁵ a impossibilidade de conferir indenização por serviços domésticos prestados, tendo em vista que esse posicionamento iria privilegiar o concubinato em detrimento das demais entidades familiares reconhecidas pelo ordenamento pátrio.

Conclui-se, portanto, que estas não são as soluções mais adequadas, haja vista o tratamento estritamente patrimonial no que diz respeito a uma relação essencialmente afetiva. Dessa forma, vale frisar as críticas de Paulo Luiz Netto Lôbo acerca do tema:

Os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do direito de família e não do direito das obrigações, tanto os direitos pessoais, quanto os direitos patrimoniais e quanto os direitos tutelares. Não há necessidade de degradar a natureza

35. Os seguindo esta linha: REsp 872659/MG e REsp 988090/MS

pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo, para a solução da partilha dos bens adquiridos durante a constância da união afetiva, pois o direito de família atual adota o modelo, vigorante nos tipos de casamento e união estável – que deve ser utilizado pelos demais tipos – da igual divisão deles, exceto os recebidos por herança ou adoção ou considerados particulares.

Com isso, verifica-se a necessidade de transição dos efeitos atribuídos a estas relações, simplesmente pelo fato de que, na contemporaneidade, a relação familiar está intimamente ligada a afetividade e não estritamente ao patrimônio.

4.2.3. Efeitos Familiares ao Concubinato

Uma teoria com principal objetivo de reconhecer o concubinato como entidade familiar tem como elementos basilares o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da liberdade e a característica enunciativa do art. 226 da Constituição Federal. Com essa proposta, o objetivo principal não é prejudicar ou suprimir as outras entidades familiares, o que se tenta é apenas proteger esses indivíduos.

O princípio da dignidade humana serve de suporte para acolher esse posicionamento, haja vista o seu papel fundamental para que seja garantido ao homem um espaço de integridade físico-moral, conforme as palavras de Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p.128). Portanto, se nas relações concubinárias os

indivíduos estão realizados em si mesmo, não caberia ao Estado intervir bruscamente e suprimir a eficácia de tais relações no mundo jurídico, tornando-as assim, um “nada jurídico”.

A liberdade, por sua vez, como elemento basilar do Estado Democrático de Direito, serve para assegurar que as pessoas instituem a sua própria vida privada, independentemente supressão estatal, ajustada às suas necessidades e anseios, visando atender, conseqüentemente, ao princípio da dignidade da pessoa humana. A família, instituição que exerce suma importância na vida humana, deve ser, obviamente, regulamentada pelo Direito, mas não de modo excessivo, como geralmente se pretende.

Ademais, nessa mesma senda, o princípio da afetividade constitui alicerce fundamental para sustentar tal entendimento, haja vista o seu destaque na família contemporânea. A afetividade, em si, consiste em aspecto inerente a própria estrutura familiar. Se não há afetividade, atualmente, não há aquela obrigação de permanecer com um companheiro indesejado, tendo em vista a própria evolução jurídica ao longo dos tempos.

Para tanto, ao reconhecer o concubinato como entidade familiar, deve-se estabelecer um regime jurídico próprio, visando evitar qualquer tipo de controvérsias e injustiças com os concubinos.

Geralmente, quem sai mais lesado nessa situação é a concubina, visto que, o concubino, se não construiu qualquer patrimônio em comum durante a relação concubinária, não deve prestar qualquer tipo de assistência decorrente do Direito das Famílias por

todos os anos que conviveram juntos, sustentados pela afetividade.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste trabalho, verifica-se que o conceito de família deixou de ser fechado, abrangendo apenas o casamento, para ser aberto, e conseqüentemente, resguardar outros tipos familiares. Portanto, através de uma interpretação exemplificativa do art. 226 da Constituição Federal é possível reconhecer outras entidades familiares, à exemplo do concubinato e das uniões homoafetivas.

Conclui-se então que o concubinato não é uma aberração jurídica como muitos podem acreditar e muito menos uma ofensa a ordem jurídica, haja vista a sua estreita semelhança com a união estável, bem como o seu respaldo mediante a interpretação sistemática da Ordem Constitucional, visando a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e afetividade.

Portanto, a conclusão mais adequada para amenizar e evitar as injustiças ocorridas durante a história com os membros desta entidade familiar seria adotar a última teoria, onde se preza pelo reconhecimento do concubinato pelo ordenamento jurídico e conseqüentemente, opta pela atribuição de efeitos jurídicos familiares a este núcleo familiar.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: o Artigo

- 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano VIII, nº 39, p. 131-153, dez/jan, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CHANAN, Guilherme Giacomelli. As Entidades Familiares na Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano IX, nº 42, p. 45-74, jun/jul, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FIGUEIREDO, Luciano Lima. *As relações extraconjugais e o terceiro de boa-fé*, Teses da Faculdade Baiana de Direito, Volume 1, Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009.
- GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A Possibilidade do Reconhecimento da União Estável Putativa e Paralela Como Entidade Familiar Frente aos Princípios Constitucionais Aplicáveis. *Revista de Direito de Família-IOB*, Brasília, ano IX, nº 45, p. 120-135, dez/jan, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, 6ª ed, vl. IV. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan/mar, 2002.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma Principiologia para o Direito de Família. *Leituras complementares de Direito Civil – Direito das Famílias*, Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. *Concubinato e União Estável*, 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 103, v. 390, p. 27-43, mar/abr, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, nº 2, p. 37-53, abr/jun, 2006.



Capítulo IV

Adimplemento substancial no direito brasileiro: reflexões

Rudá Cintra Coutinho

Estudante de Direito da Faculdade Baiana de Direito
e Gestão e estagiário-pesquisador do Núcleo de Pesquisa
e Extensão da Faculdade Baiana de Direito e Gestão



Adimplemento substancial no direito brasileiro: reflexões

Resumo: O presente trabalho visa analisar criticamente os aspectos polêmicos abordados no artigo do professor Fredie Didier de título: notas sobre o adimplemento substancial no direito brasileiro. Inicialmente, o estudo se denota por apresentar um panorama sobre o adimplemento substancial, sua principal sustentação teórica que é a boa-fé e suas constantes repercussões tanto no direito civil quanto no direito processual civil.

Além disso, paulatinamente, se comentará alguns aspectos peculiares observados com a releitura do tema, sem, com isso, esgotar as possibilidades do assunto, mas ao contrário, dar ensejo a novas idéias diante das críticas e também aplausos que recaem sobre o tema.

Sumário: 1. Introdução – 2. Constitucionalização do Direito Civil: 2.1. Axiologia e a presença do juiz – 3. Adimplemento substancial e sua consonância com a boa-fé objetiva – 4. Recepção do adimplemento substancial pelo Direito Processual brasileiro do adimplemento mínimo – Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O arcabouço teórico da doutrina do *substantial performance*, chamado aqui no Brasil de adimplemento

substancial ou inadimplemento mínimo, surge no século XVIII, nos tribunais Ingleses, acompanhando uma série de mudanças proporcionadas pelo Movimento Iluminista e Revolução Industrial, como também outros micro movimentos que decorrem destes principais, a exemplo da consolidação do capitalismo e complexização das cidade.

De modo simples, explica-se a teoria do adimplemento substancial como sendo uma hipótese de obstar a resolução por parte do credor (direito potestativo), desde que seja aferida casuisticamente a substancialidade do cumprimento da obrigação, baliçando-se esta atividade pelo Princípio da boa-fé objetiva e verificando, por conseguinte, se a função social do contrato foi cumprida ou não.

Deve-se comentar, levando em consideração os contornos atuais do tema, sobre a importância histórica da referência as origens e sustentáculos do instituto, considerando essencial a ocorrência do advento das Constituições modernas (ex: Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919) e seus reflexos nos ordenamentos jurídicos posteriores para proporcionar a difusão e consolidação de teorias atuais ligadas aos citados princípios.

Neste diapasão, a constituição passou de uma simples carta de recomendações, sem força ante ao poder absoluto, para ser uma matriz organizacional dos sistemas jurídicos, irradiando seus princípios para todas as relações jurídicas. E logo após, com fortalecimento das constituições, no dizer do Professor Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 32), se “configura um novo modelo de Estado, então liberal

e passivo, agora social e intervencionista, conferindo-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas a sociedade”.

Por isso, não seria prudente iniciar a pesquisa sem garantir o devido lugar da Constituição Federal brasileira de 1988, como manancial principiológico, capaz, por isso, de dar vazão a teorias de grande complexidade axiológica. Pois, além da consagração de princípios fundamentais, historicamente decisivos, como a dignidade da pessoa humana, igualdade substancial e solidariedade social, o papel constitucional ganha conotação por consagrar definitivamente a força vetorial dos princípios no sistema jurídico nacional.

Neste mesmo sentir, o professor Eduardo Cambi (2007, p. 672) assevera que “Constituição brasileira de 1988 ao contemplar amplos direitos e garantias fundamentais tornou constitucionais os mais importantes fundamentos dos direitos materiais e processuais (fenômeno da *constitucionalização do direito infraconstitucional*).”

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Para Fabiola Santos Albuquerque (2007) os aspectos como o a interferência constitucional no direito civil, incidindo os princípios sociais da boa-fé objetiva, da função social e da equivalência material nas relações jurídicas negociais resultaram na nova proposta obrigacional adequada as suas ressignificações. Continua ainda afirmando que

“A inserção destes elementos impõe uma interpretação diferenciada daquela submissa aos postulados clássicos.

Aqueles influxos também contribuíram na passagem da configuração vertical para horizontal da relação jurídica obrigacional, ou seja, o que antes se entendia como superioridade do direito do credor frente ao devedor foi relativizado e com isto passa-se a um modelo centrado na coordenação de interesses das partes. Alie-se a isto o gradativo reconhecimento que a obrigação deve ser vista em sua plenitude, como um processo, ou seja, todas as fases encontram-se interligadas.” (2007, p.224)

Em relação ao processo civil não foi diferente, a interferência do constitucionalismo moderno, com a previsão expressa de alguns direitos processuais no Texto Fundamental, como o Devido Processo legal inserido no art. 5º, LIV, abrange todos outros princípios processuais e alcança todos os poderes estatais.

Ocorrendo essa inegável fluidez constitucional pelos supra-sistemas, qualquer definição moderna do Direito civil ou processual civil, será oxigenada pelos seus valores e não podia ser diferente com seus institutos. Especificamente no direito das obrigações, que é o principal ramo do direito civil por agregar conceitos utilizados em todas suas cadeiras, seu relevo é diretamente proporcional aos seus dogmas que há pouco vem sendo abrandados por valores e princípios. Um dos conceitos atingidos pelas modificações foi o de (in)adimplemento de uma obrigação, essencial para o entendimento do tema.

Não sendo admitido neste estágio que a aplicação do contrato seja analisada superficialmente no campo da validade, como nas eras iniciais do positivismo, ou que se analise apenas a expressão conhecida do direito privado aduzindo que tudo que não é proibido pelo Estado é permitido aos particulares. Aqui, todas as informações de um negócio devem ser priorizadas, observando seu conteúdo e regularidade com o sistema nos campos da existência, validade e eficácia.

A axiologia esta incorporada, também, no enquadramento feito por **Eduardo Luis Bussata** (p.101) que prefere tratar do binômio direito potestativo versus manutenção dos contratos, confirmando que o instituto serve para limitar o direito formativo extintivo de resolver o contrato diante do cumprimento substancial da obrigação. Sustentando, nesta medida, que se mantenha “o contrato, com sua carga de direitos e obrigações anteriormente estabelecida, remetendo a parte não inadimplente à via ressarcitória.”

2.1. Axiologia e a presença do juiz

No entanto, já se sabe a existência da axiologia nos princípios não garante a melhor solução hermenêutica por si só, não devendo esta ser considerada um fim em si mesmo. De outro modo, como se deduz, a mera utilização da subsunção não seria capaz de solucionar os problemas da tensão entre estes direitos, por isso, o interprete deve ir mais além, buscando um “raciocínio de estrutura diversa, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes

sobre aquele conjunto de fatos”. (**BARROSO**, 2006, p. 357).

O fim que rege a ponderação de bens e interesses é a realização, através do auxílio da razoabilidade e proporcionalidade, do melhor julgamento possível para determinada situação, otimizando a exegese com o uso dos princípios.

Em consonância com o que foi dito, o Professor Araken de Assis desenha para os casos de conflito entre valores uma atividade necessária, partindo do pressuposto que o *substantial performance* seria uma das possibilidades de limites da boa fé objetiva nos direitos subjetivos afirma que “o juiz avaliará a existência ou não da utilidade na prestação, segundo determina o art. 956, parágrafo único, do Código Civil de 1916.” (1999, p. 121).

Muito embora qualquer sujeito que atue como o Hermes, interpretando a norma para os cidadãos comuns, deva ser prudente, o papel do juiz é o de concretizar as normas jurídicas, criando a norma jurídica do caso concreto e assim pacificando o conflito.

Do outro lado, a atuação do advogado também exige dupla precaução, principalmente no que tange ao uso dos princípios, pois como impulsionador do sistema judicial não pode ser irresponsável ou aventureiro na sua utilização, nem pode ser omissivo em não suscitá-los. Nos dois casos haveria grande prejuízo, ora banalizando os institutos quando não há critérios para sua utilização, ora causando injustiça com a mera subsunção da regra.

Por isso, pode-se afirmar que “o direito positivo emana desta busca pelo justo, a qual continua com base neste mesmo direito positivo, num movimento de circularidade dinamizado pela utilização das formas persuasivas dos topoi, lugares comuns na argumentação jurídica”, resultando, deste processo, na formação de uma hermenêutica jurisprudencial construtiva. (**FREIRE**, 2008, p. 49).

Atrelando-se também a tal movimento, a superação dos métodos legislativos inspirados na lógica positivista que tentavam abarcar todas as situações possíveis, em relação a gradual adoção de cláusulas gerais adaptáveis às variações e transformações da vida, corroboraram para o avanço civil-constitucional, inclusive no ambiente nacional.

Para Anderson Schreiber (2007, p. 128), “neste cenário, todas as esperanças recaem sobre o interprete. Compete-lhe empreender a leitura da disciplina do direito obrigacional, especialmente a partir do recurso às normas constitucionais e às cláusulas gerais instituídas, ainda que de forma acanhada, pelo legislador de 2002. E, nesse particular, não resta dúvida que os mais significativos avanços têm sido promovidos por meio da boa-fé objetiva, verdadeira tábua de salvação contra injustiças albergada pela ótica tradicional das obrigações”.

Além disso, a força dos Princípios constitucionais, incontestavelmente, permitiu e permite o desenvolvimento de teorias vinculadas aos Direitos Fundamentais que remodelam os dogmas prejudiciais ao sistema. Um simples exemplo que pode ser citado no Processo Civil brasileiro é a nova concepção

dada ao credor, no momento da execução, diante ao princípio da efetividade. A proteção a execução como direito fundamental, não mais coloca o credor no papel de carrasco, mas ao contrário põe a execução em seu favor, sem privar o devedor suas garantias ao devido processo.

3. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E SUA CONSONÂNCIA COM A BOA-FÉ OBJETIVA

A principal cláusula aberta, umbilicalmente relacionada com o tema do trabalho, é a boa-fé objetiva, inclusive, citada por Fredie Didier Júnior como lastro da teoria do adimplemento substancial, no texto em análise, chamado notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro: “No direito privado brasileiro, a teoria do adimplemento substancial vem sendo adotada a partir da aplicação da cláusula geral do abuso do direito (art. 187 do Código Civil) e da cláusula geral da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil)”.

Mesmo existindo uma procura por fundamentos para explicar o adimplemento substancial pelos doutrinadores, que, além daqueles supracitados por Fredie Didier, ainda poderiam se inserir a proibição do enriquecimento sem causa (art.884 do Código Civil) ou a solidariedade contratual, prefere-se, no entanto, compartilhar das visões dos Mestres Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2006, p. 509) que dizem ser

“o verdadeiro critério do abuso do direito no campo das obrigações¹, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como de abuso do direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar”.

Para se avançar no tema do adimplemento, deve-se traçar a distinção entre a boa-fé objetiva da subjetiva, pois apesar de se “consustanciar no princípio da confiança cada uma delas desempenha distintos papéis” (COSTA-b, 2009, p.332). Na doutrina já há consonância em descrever as acepções da boa-fé, sendo a subjetiva ou de confiança polarizada pela boa-fé ou má-fé, como um estado psicológico que o sujeito acredita ser possuidor de determinada posição jurídica, enquanto a boa-fé objetiva é o comportamento ético e probo que se espera das partes na consecução do negócio jurídico.

Para o tema em análise importa a referencia sobre esta ultima que em sede legislativa, foi inaugurada pela lei n°. 8.078, de 11-09-1990 (código de defesa do consumidor), abrindo espaço para o novo código civil.

“Não há dúvida que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma

1. A teoria do adimplemento substancial é uma forma de evitar o abuso no direito de resolver o contrato.

cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais – mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo”. (TEPEDINO; SCHEIBER, 2007, p. 34)

A boa-fé objetiva é um padrão de conduta ou o comportamento ético esperado das partes no negócio jurídico e que conjuntamente com a função social do contrato modificaram todo o sentido do negócio jurídico, evidenciando a sua importância no adimplemento substancial ao permitir uma nova concepção solidária e cooperativa da obrigação. Neste passo, observar-se contemporaneamente, que a interferência dos princípios na ordem obrigacional, propõe uma releitura do tema, sem desconsiderar os tradicionais pilares da autonomia da vontade e o “pact sunt servanda”, mas, apenas, mitigando seus efeitos com a priorização dos valores fundamentais do indivíduo e a finalidade do contrato.

O Código Civil Brasileiro de 1916 apenas tratava da boa-fé subjetiva, ignorando a boa-fé objetiva, já consolidada pela doutrina e também por algumas codificações estrangeiras. Hoje, através da evolução doutrinária e jurisprudencial, a boa-fé possui referência legislativa no art. 113, 187 e 442, sendo assim, como percebido pelos autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2006), é fonte de obrigações e o seu descumprimento pode gerar em favor da parte prejudicada as conhecidas ações: indenizatória, resolução contratual ou alegação do *exceptio non adimplent*.

Partindo do que foi dito, pode-se avançar, afirmando que a boa-fé não é apenas um dos argumentos para aplicar a teoria do adimplemento, mas sim eixo que rege este instituto, assim, é o parâmetro lógico de aplicação ou não do instituto que resulta na manutenção ou extinção do contrato, respectivamente.

Construindo um lúcido conceito de adimplemento substancial, o Desmembargador Jones Figueiredo Alves (2007, p.224) informa que na análise específica de uma relação negocial pode-se perceber que o descumprimento mínimo não dar azo a resolução contratual, assim asseverando:

“a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder frente ao pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável, daí, a extinção do contrato. Não haverá inadimplemento imputável, para resolver o contrato, quando o adimplemento parcial reflita, com o seu alcance, a pauta da avença, na proporção veemente das obrigações concretizadas. Essa insuficiência obrigacional deverá, portanto, ser relativizada, como resposta jurídica à função social do contrato (art. 421 do CC), de modo a preservar a relação negocial de expressiva importância ao tráfico econômico.”

Portanto, não seria exagero considerar a boa-fé a cláusula informadora do Direito Civil, que consubstancia e concretiza um dos princípios basilares do Código Civil de 2002 que é a eticidade. É pela observância de tal princípio, notadamente aplicável aos contratos massificados, que a teoria *do substancial*

performace situa-se preponderante, como elemento impediante ao direito de resolução do contrato (ALVES, 2007).

Vale pontuar sobre a existência de previsão legislativa específica regulando o adimplemento substancial em diversos países, como os direitos italiano, português e alemão². Muito embora haja tal fonte legislativa no direito alienígena e algumas propostas neste sentido³, não existe grande necessidade de regular este tema através de regras específicas no Brasil, já que pode ser auferido do Princípio da boa-fé, pelo contrário, a omissão legislativa serve para ampliar o espaço de criação para uma jurisprudência fortalecida que busque a solução a questão no caso concreto.

Cotejando a situação por outra lógica, “da mesma forma que o cumprimento meramente estrutural da obrigação principal não configura adimplemento, exigindo uma análise mais atenta à função concreta do negócio celebrado, a inadequação formal do comportamento do devedor ao débito, tal como estruturalmente definido pelas partes, não ensejará inadimplemento, desde que atendido o escopo especificamente

2. Descrito pelo professor Ângelo Aurélio Gonçalves Paris, em seu trabalho referente ao tema publicado no sítio http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=554.
3. Crítica a intervenção legislativa. **Jones Figueiredo Alves:** Norma legal explícita deve ser incluída em parágrafo único do art.475 do Novo Código Civil, a positivizar o adimplemento substancial como fenômeno jurídico suficiente para a não resolução do contrato (p.232).

perseguido pela partes com a constituição do vínculo obrigacional”. Anderson Schreiber (2008, p. 138)

Ocorre ainda outra peculiaridade desta relação entre a boa-fé objetiva e adimplemento substancial, pois em variados casos esta teoria se aplica conjuntamente a teoria do abuso do direito, o que não ocasiona nenhum problema, considerando serem as duas derivadas de um único referencial chamado de boa-fé objetiva.

A jurisprudência demonstra normalidade em tal aparição do abuso do direito, mas perde por não comentar, como adiante se verifica na primeira justificativa dada pelo relator onde expressamente ocorre o *supressio e surectio*:

SEGURO – INADIMPLENTO DA SEGURADA – FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO – ADIMPLENTO SUBSTANCIAL – RESOLUÇÃO – A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. (STJ – REsp 76.362-MT – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – J. 11.12.95).

A importância desta jurisprudência se perfaz no sentido de demonstrar como as doutrinas relacionadas

a boa-fé se entrelaçam, notadamente, por causa de sua abrangência axiológica. Isso fica explícito no direito civil, mas é chegada a hora de analisar tal comportamento no direito processual civil.

4. RECEPÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL PELO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO DO ADIMPLEMENTO MÍNIMO.

Uma questão reflexa na ascensão de teorias principiológicas, que também pode ser um problema diuturno no caso específico do adimplemento substancial no processo civil, esta na abertura para o arbítrio do interprete julgador, principalmente por causa da plasticidade dos princípios. Sendo assim, é salutar a advertência feita pelo constitucionalista Luis Roberto Barroso (2007, p.362) de que a existência de novas técnicas interpretativas não devem servir para o exercício arbitrário do juiz, por isso o controle deve ser feito mediante a fundamentação ou argumentação que apresenta um suporte dotado de racionalidade para o dispositivo desenvolvido para cada caso.

O tema do adimplemento substancial se apresentou no direito material, mas por não demonstrar nenhum impedimento teórico, por vezes repercute no direito substancial com as mesmas bases do tradicional domínio.

Pelo que foi dito, já se percebe que o adimplemento substancial é uma teoria que não deve ser visualizada aprioristicamente, dependendo da relação concreta para sua aplicação. Por conseqüência, esta singularidade metodológica, invariavelmente,

imprime mais poderes ao magistrado que deve garantir a resolução dos problemas respeitando os princípios e se adequando ao novel panorama axiológico.

A relação do inadimplemento mínimo no direito processual não ocorre em estrita igualdade de termos com a de direito civil, mesmo possuindo fundamento que é a boa-fé. Pode-se perceber que tal distinção é também critério de diferenciação entre as duas formas de visualização da teoria, pois na relação processual o adimplemento substancial será resolvido como uma questão reflexa que surge em decorrência do processo. Não será necessariamente o pedido principal.

A pioneira visão desta possibilidade foi suscitada por Fredie Didier e como toda inovação deve ser modulada aos termos do novo ambiente em que será aplicado, sem perder sua essência neste movimento.

Assim, nem sempre se encontram como figurantes, o direito potestativo do credor de resolver o contrato, contraposto ao direito do devedor de ver o contrato produzindo seus efeitos, pois, como será explicitado com os comentários aos exemplos do citado autor, ora a relação pode se formar entre o autor da ação e o juiz ou entre o juiz e um arrematante, entre outras possibilidades. Obviamente, o revestimento deste vínculo se conecta com sujeito(s) diretamente relacionado(s) e interessado(s) com o desfecho do problema.

Observa-se que existe uma visível peculiaridade entre dois deles, pois ao tratar do § 2º no art. 511 do CPC e do inciso II do § 1º do art. 694 do CPC, o autor cria uma relação claramente quantificável.

No primeiro caso, quando se impõe a intimação do autor diante do preparo for insuficiente, não há dúvida em asseverar que o artigo dimana do princípio da boa-fé objetiva, mas vale apenas tecer alguns comentários. Como toda teoria possui desvantagens, seria incoerente se o magistrado aplicasse o instituto adimplemento substancial esquecendo das bases teóricas do direito civil, não observando todas as peculiaridades que lhe envolvem.

Isso porque a utilização deste regime não pode servir de óbice a outros princípios do processo civil, como o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. Mais ainda, como a boa-fé é o parâmetro para uso ou não da teoria, não seria razoável que o indivíduo realizasse o preparo a menor com a existência de uma tabela fixa, salvo os casos de equívoco real, e ainda se beneficiasse com o prazo para complemento.

Portanto, a aplicação sem restrições do adimplemento substancial no processo desvirtua seu sentido, podendo servir, na prática, para o abuso de direito. Por isso, só seria possível o seu uso indiscriminado nos casos de inexistência de tabela fixa, como nos julgados especiais.

No segundo caso, o autor sustenta ser o adimplemento mínimo causa insuficiente para de resolução da arrematação, a despeito do comando descrito no inciso II do § 1º do art. 694 do CPC brasileiro⁴, fulcrando este desfecho mais uma vez na boa-fé comportamental.

4. A arrematação poderá ser tornada sem efeito se não for pago o preço ou se não for prestada a caução

Há coerência na construção desta consideração, mas que na prática pode resultar em uma inesperada complicação do processo, ao passo que existirão variáveis, tornando difícil a resolução do caso. Por isso, o juiz deve possuir uma postura ativa, visando uma solução mais simples que imponha a finalização da compra pelo arrematante, mesmo que use de poderes exemplificados pelos art. 461, § 5 do CPC. Com este desiderato, porém, não pode esquecer a resolução da questão principal e deve ponderar até que ponto vale a pena manter este vínculo no caso concreto.

De outro modo, será necessário realizar uma ponderação de bens e interesses, qualificando a demora excessiva no comprimento do arrematante como prejudicial a resolução da lide em análise e restando por invalidar a arrematação.

Seguindo adiante nos exemplos, ocorre uma lacônica referência a decisões sentenciosas de magistrados que, ora observando o inadimplemento mínimo, recusam a tomada de medidas executivas mais drásticas, como a busca e apreensão, ora verificando o pequeno valor da dívida, impedem a decretação de falência. Tanto em um caso quanto em outro, na visão do trabalho, apenas concretizam a teoria do adimplemento substancial do direito material.

Dito isto, acredita-se que o tema possui também grande importância prática, pois, em alguns casos⁵,

-
5. Notadamente, na hipótese de arrematação do artigo: Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro, encontrada no endereço eletrônico:<http://frediedidier>.

haverá uma modificação no atuar do magistrado, agora visualizando a boa-fé através do novo regime. Tal panorama permite asseverar que a teoria do *substantial performance* muito pode avançar, agora levando em consideração o seu aspecto processual.

CONCLUSÃO

Quem magistralmente suscitou a fluidez do princípio da boa-fé no direito, com sua função oxigenadora do sistema, foi o MESTRE Antonio Manoel Menezes Cordeiro (2001, p. 374) afirmando que em de início, não haveria problemas de se aplicar a boa-fé no Direito Público. Sobretudo, porque a própria cisão entre o direito publico e privado ganhou forma estrita, apenas, com o jusliberalismo e com as codificações civil por ele impulsionada. Posteriormente, confirma que no Direito Público, “o primeiro setor atingido pela boa-fé foi processo civil. A sua natureza instrumental perante o Direito civil em uma certa tradição escrita sobre a boa-fé e processo terão facilitado a transposição.”

Assim, ratificando a possibilidade de se aplicar o *substantial performace* ao processo civil brasileiro, observa-se a presença, neste ramo, de variadas

com.br/main/artigos/default.jsp?OId=null. Onde se exemplifica com “o inciso II do § 1º do art. 694 do CPC brasileiro determinando que a arrematação do bem penhorado será resolvida , se não for pago o preço ou se não for prestada a caução. A resolução da arrematação não pode ocorrer se o inadimplemento for mínimo”.
Data de acesso: 21/03/2010.

vertentes da boa-fé objetiva que eram limitadas ao direito material. Além da boa fé que já foi até positivada no art. 14, II do CPC, proibindo o descumprimento de deveres processuais pela parte e necessitando da prova da culpabilidade, o Princípio da lealdade traz em si a boa-fé objetiva, se relacionado com o adimplemento substancial, já que se perfaz com a proibição do abuso de direito, reduzido na forma do *venire contra factum proprium* (ex: instituto da preclusão lógica).

Muito embora o adimplemento substancial não tenha surgido no Brasil, esta proposição processual é tipicamente nacional e ocorre em cotejo a outras no mesmo sentido de aplicar ao direito processual institutos decorrentes da boa-fé⁶. Inaugurada uma nova fase que não se resume ao campo acadêmico.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica brigacional*. Leituras complementares do direito. Vol. I, (org.) CHAVES, Cristiano. Salvador: Podium, 2007.

6. Sobre o tema os Textos de Fredie Didier Jr. chamado: Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. Encontrado no sítio <http://fredie-didier.com.br/main/artigos/download.jsp?Id=265>. Data de acesso: 21/03/2010; e de Gustavo Cunha Prazeres chamado *venire contra factum proprium nulli conceditur* e direito processual: A influência da solidariedade social no processo, encontrado na Revista Baiana de Direito, Vol. 4. Salvador, Ed. Jus Podivim.

- ALVES, Jones Figueredo. *A teoria do adimplemento substancial (“substancial performace”) do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato*. Leituras complementares do direito. Vol.I, (org.) CHAVES, Cristiano. Salvador: JusPodivm, 2007.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: RT, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. *Processo e Constituição- estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr, e Teresa Arruda Alvim Wambier. (coord.) São Paulo: RT, 2003.
- CORDEIRO, António Manoel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001.
- COSTA, Judith Hofmeister Martins. *Autonomia privada, confiança e boa-fé: princípios informadores da relação obrigacional*. Salvador: Revista Baiana de Direito, nº. 4, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredier. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no processo civil brasileiro. Disponível em: <http://fredie-didier.com.br/main/artigos/default.jsp>, data do acesso: 15/03/2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

_____, Nelson. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. FREIRE, Ricardo Maurício. *DIREITO, PRINCÍPIOS E JUSTIÇA*. Salvador: Editora Jus Podivm.

SCHREIBER, Anderson. “A boa-fé e o adimplemento substancial”. *Direito Contratual – temas atuais*. Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce (coord.). São Paulo: Ed. Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil (art. 113, 187 e 422)*. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. (coord.) TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



Capítulo V

O público e o privado no Carnaval de Salvador: a necessidade de uma ponderação de bens e interesses

Taciana Santos Sampaio

Estudante de Direito da Faculdade Baiana de Direito
e Gestão e estagiária-pesquisadora do Núcleo de Pesquisa
e Extensão da Faculdade Baiana de Direito e Gestão



O público e o privado no Carnaval de Salvador: a necessidade de uma ponderação de bens e interesses

Resumo: O presente trabalho tem o escopo de analisar as peculiaridades do Carnaval de Salvador, sobretudo no que diz respeito ao embate de interesses públicos e privados presente na atual configuração desta festa popular. Esse tal embate de interesses é caracterizado por colisões entre princípios constitucionais, e para que se chegue a uma solução harmônica aplica-se um método chamado de “ponderação”, método este resultante da própria natureza dos princípios. A possível solução sugerida seria uma lei que acatasse esse método de forma a compatibilizar os princípios colidentes. Contudo, observam-se os problemas de aplicação desse método no Brasil, refletido no atual “Estatuto do Carnaval” insuficiente para solucionar os problemas do Carnaval de Salvador. Além disso, torna-se necessário também analisar os problemas atinentes a cidade como um todo, o que se reflete nessa sua festa popular.

Palavras-chave: Carnaval; Ponderação; Princípios.

Sumário: 1. Introdução – 2. Breve histórico: 2.1. O surgimento do carnaval e suas características fundantes; 2.2. A atual configuração do carnaval de Salvador: o em-

bate de interesses públicos e privados e de princípios constitucionais – 3. Críticas e méritos do “Estatuto do Carnaval” – 4. A ponderação de interesses e seus problemas de aplicação no Brasil – 5. Conclusões – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de apresentar um grande problema do Carnaval de Salvador, qual seja, o referente às suas disparidades entre os bens e interesses que permeiam tal festa, os problemas de falta de organização e conhecimento por parte dos responsáveis, além da atual configuração capitalista que minimiza o caráter popular e cultural desta folia momesca.

O objetivo visado por este trabalho, portanto, é vislumbrar tais problemas e tentar chegar em uma solução na qual se compatibilizem os interesses conflitantes, fazendo com que os princípios constitucionais sejam aplicados de forma harmônica e proporcional, garantindo um Carnaval mais humano, que abrace melhor suas raízes, e que a iniciativa privada e o capital, junto ao Poder Público, assegurem um Carnaval mais igualitário, mais seguro e organizado.

O trabalho está dividido em cinco capítulos. No segundo capítulo, analisa-se um pouco da história do Carnaval de Salvador de forma a tentar explicar como ele chegou a essa atual configuração mercantilista, e dentro dessa visão como se caracterizam as colisões entre os bens, interesses e princípios constitucionais presentes.

Já no terceiro capítulo, a preocupação refere-se ao Decreto Municipal nº 20.505 de 28 de dezembro de 2009 (“Estatuto do Carnaval”), de forma a apontar as suas deficiências e alguns méritos.

No capítulo quatro, observam-se os problemas de aplicação do método da ponderação de bens e interesses no Brasil, além de outros problemas de aplicação de outros métodos, como o da proporcionalidade, método este de fundamental importância no que se refere à configuração das referentes colisões.

No capítulo final, conclui-se o trabalho com as referidas conclusões retiradas ao longo desta pesquisa, de forma a tentar alertar para os problemas atinentes e tal festa e os problemas da sociedade como um todo, problemas estes que balizam o progresso e a harmonização das soluções.

Este trabalho contou com a orientação do Professor Gabriel Dias Marques da Cruz¹.

-
1. Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA/2006). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP/2009). Atualmente é Professor da Faculdade Ruy Barbosa, da Faculdade Baiana de Direito e do Centro de Estudos Jurídicos de Salvador (CEJUS). Professor Convidado da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes da OAB/BA (ESAD), assim como da Escola de Magistrados da Bahia (EMAB) e da Especialização da Universidade Católica de Salvador (UCSAL) e professor Substituto da Faculdade de Direito da UFBA (2008-2009). Tem como Linha de Pesquisa o Controle de Constitucionalidade.

2. BREVE HISTÓRICO

“Sabemos que tudo que acontece numa sociedade como a nossa tem uma dimensão histórica dominante, de modo que o eixo temporal é sempre colocado em primeiro lugar na interpretação de qualquer domínio do nosso sistema” (DAMATTA, 1997, p.25).

O desenvolvimento do carnaval durante a história marca um processo importante para que se entenda como hoje ele se encontra, de forma que pode-se observar os aspectos que continuam a existir na essência da festa, os valores que foram invertidos, as mudanças significativas que aconteceram, o papel dos diversos atores e os novos atores que foram surgindo, enfim, uma gama de elementos do passado e do presente que a cada vez mais se modificam e tomam diversos rumos dentro da folia momesmca.

É necessário situar a história do carnaval não somente no tempo, mas avaliar seu significado social e as ideologias que permeiam tal manifestação cultural (DAMATTA, 1997, p.28-29).

“Cada geração produz sua própria história”, de forma que o carnaval é analisado historicamente de acordo com cada percepção sobre as possíveis combinações de seus fatores sociais, culturais e históricos (DAMATTA, 1997, p.29).

O breve histórico, portanto, tem o escopo de orientar as mudanças ocorridas na festa, sem nenhuma pretensão, por conseguinte, de fazer uma análise exaustiva da história do carnaval.

2.1. O surgimento do carnaval e suas características fundantes

Além de existirem diversas festas na antiguidade que parecem ser as raízes do carnaval de hoje, é importante analisar a festa que teve mais ligação com o surgimento do carnaval aqui no Brasil, qual seja, o Entrudo Português (OLIVEIRA, 1996, capítulo 2).

Tal festa foi trazida aqui pro Brasil já configurada com aspectos da cultura africana, de forma que, basicamente, suas comemorações eram feitas através de “batalhas” lúdicas, ou seja, verdadeiras guerras de alimentos, água, dentre outros objetos. Além das batalhas existentes, aconteciam, concomitantemente, banquetes (OLIVEIRA, 1996, p.28).

O Entrudo aqui era dividido entre as batalhas domésticas e as batalhas de rua. As primeiras a presença de mulheres era mais marcante, e tais guerras eram feitas por familiares e vizinhos, basicamente. Já na rua, as batalhas eram mais violentas, travadas entre homens e também com presença de negros escravos (OLIVEIRA, 1996, p.32-33-34).

Paulatinamente, os instrumentos utilizados nas batalhas foram substituídos por batuques, cantos e máscaras, mudança essa fomentada pelos negros escravos, que, ao brincar com máscaras representando os brancos, faziam sátiras de forma lúdica da população rica e branca da sociedade patriarcalista (OLIVEIRA, 1996, p.36).

Observa-se, portanto, que esse movimento dos negros escravos foi o ponta-pé inicial para a transição

do entrudo para o carnaval, ocorrendo gradativamente a substituição deste primeiro pelo segundo.

Em determinado ponto da história, em razão da expansão do comércio de do capitalismo, as desigualdades sociais foram se mostrando mais acentuadas com a formação das elites urbanas burguesas detentoras do monopólio comercial e dos meios de produção. Como festa cultural que é, o carnaval também se modificaria em função dessa mudança de paradigmas sociais. As elites, portanto, se preocuparam em banir as festas de rua, de forma a assegurar um carnaval tipicamente europeu, onde locais exclusivamente dominados pela classe abastada eram feitas festas como os bailes de máscaras, privatizando o carnaval e reforçando as desigualdades existentes (OLIVEIRA, 1996, p.47-48).

Banido o entrudo da forma que se configurava, o Poder Público passou a assumir papel importante na configuração do novo carnaval. Proibindo o entrudo, permitiram um novo tipo de carnaval baseado na forma de comemoração da elite urbana, ou seja, além dos carnavais de clubes fechados pertencentes aos ricos com ostentações ao luxo típico dos carnavais europeus, surgia um baile de máscaras público, de forma que o povo poderia brincar o carnaval na rua utilizando-se de fantasias, máscaras, confetes e serpentinas (OLIVEIRA, 1996, p.50-51).

A elite passou também a ocupar o espaço das ruas na condição de desfiles, de passarela do luxo para o povo reverenciar a alta sociedade.

Uma das características do desfile carnavalesco é que ele faz parte do chamado “carnaval de rua”,

O PÚBLICO E O PRIVADO NO CARNAVAL DE SALVADOR

em oposição a um carnaval fechado, realizado em clubes, um carnaval realmente caseiro, pois antes de os bailes se tornarem populares a partir de 1840, sabemos que se desenrolava nas casas sem muita ordenação em termos de público. O carnaval de rua se caracteriza por ser um encontro aberto de pessoas, sem que haja demarcações privativas e fechadas para os participantes, como ocorre nos carnavais de clube (DAMATTA, 1997, p.108-109).

Após a abolição da escravatura, os negros passaram a tomar importante espaço nos desfiles carnavalescos, fazendo surgir as raízes dos blocos afros que surgiram depois (OLIVEIRA, 1996,p.62).

A chegada dos negros no ambiente carnavalesco civilizado não poderia dar em outra coisa, se não, na revolta das elites contra essa mudança. Assim como aconteceu com o entrudo, as elites começaram a criar uma certa resistência contra a esses movimentos negros, de forma a pregar o preconceito cultural e racial através de repressões policiais (OLIVEIRA, 1996, p.65-66).

Dando um salto histórico, já que os aspectos mais importantes já foram levantados, o surgimento do trio elétrico é uma análise importante, já que este, hoje, é uma das armas, se não a maior, de fomento do aspecto mercadológico e turístico do carnaval de salvador.

O surgimento do trio elétrico no Carnaval da Bahia se deu sob influência de um clube carnavalesco pernambucano chamado Vassourinhas. “Logo, a base é o frevo de Recife, em si mesmo uma criação cultural sincrética”. “O frevo, enquanto gênero musical, é

criação brasileira, mas repousa na tradição européia. Ele foi criado por músicos mestiços da classe média (sic) pobre do Recife [...]” (RISÉRIO, 1981, p.111).

O frevo, como dança, tem sua origem na capoeira, levada pelos escravos africanos para Pernambuco (RISÉRIO, 1981, p.111).

Chegando na Bahia na década de 40, o frevo foi utilizado por dois artistas, quais sejam, Dodô e Osmar, de forma a lhe dar uma nova cara e fazer acontecer um novo tipo de carnaval (RISÉRIO, 1981, p.113).

Criaram, então, o trio elétrico, tocando um cima de um velho Ford, a chamada “forbica”, em desfile pelas ruas de Salvador, durante o Carnaval. Com isso, e a partir daí, o frevo passaria por uma grande transformação, ganhando novo sotaque: o “frevo baiano” (RISÉRIO, 1981, p.113).

“[...] eletrificando o frevo pernambucano, foram fundo, criando algo absolutamente original na arte brasileira. E nada mais justo que tenha surgido o verbo ‘trieletrizar’ na língua brasileira” (RISÉRIO, 1981, p.113).

A idéia primeira de trio elétrico, ou seja, a idéia de utilizar um carro durante a festa, fez surgir uma nova maneira de brincar o carnaval. A forbica se modernizou fazendo surgir a Caetanave, carro feito em homenagem a Caetano Veloso, passando a ser um veículo de propagação áudio-visual muito importante (RISÉRIO, 1981, p.113).

“Atrás do trio, instaurou-se uma espécie de zona liberada, território livre onde todas as distinções vão por água abaixo, principalmente a social [...]”.

Contudo, era de se esperar que as elites encontrariam de alguma forma uma maneira de manter sua hierarquia, seu “status social” frente à sociedade. E foi assim que surgiram os bloco privados. As elites contratavam péssimo trios para tocarem em um bloco cercado por uma corda (RISÉRIO, 1981, p.113-114).

[...] além de social e racialmente discriminatórios, esses trios são esteticamente prejudiciais ao carnaval baiano, não só pela baixa qualidade musical, como pela forma intoleravelmente deselegante com que se comportavam em relação aos afoxés, sufocando o som dos atabaques (RISÉRIO, 1981, p.113-114).

Como bem salientou Tânia Fischer em sua obra (1996, p.14):

Mas é exatamente aí (atrás do trio elétrico) que começou as contradições e o Carnaval ganhou contornos de arena, onde a ocupação dos espaço pelos trios, delimitados por cordas que contém e protegem os participantes que pagaram para isto, excluem, cada vez mais, deste espaço privilegiado e elitizado, os “foliões-pipoca”, a livre participação.

Os blocos privados e os camarotes são os clubes de ontem, de forma a garantir um espaço selecionado para determinados tipos de foliões.

“Quanto mais fechada a corporação carnavalesca, mais próxima ela fica do verdadeiro muro de um clube, pois será maior a sua capacidade de poder utilizar o espaço em princípio aberto e livre da rua para si mesma (DAMATTA, 1997, p.111)”.

Ao passo que os participantes dos blocos privados vestem-se de “fardas” para os distinguir, e esta

expressa, senão, ao longo do tempo, uma expressão de poder e exclusão e legitimidade para usá-la, de outro lado encontra-se a “pipoca”, ainda revestida por alguns da espontaneidade, alegria e forma lúdica que é caracterizada a fantasia, representando personagens reais ou simbólicos. Tais personagens não estão reunidos por motivos hierárquicos, mas sim pela afinidade e pela brincadeira inerentes a eles (DAMATTA, 1997, p.60-61-62-63).

O carnaval é um dos rituais por meio do qual a sociedade pode ser vista de um modo reflexo dela mesma, onde a sociedade se mostra, cria imagens dela mesma (DAMATTA, 1997, p.45). E, em razão disso, é que se vêem as desigualdades sociais refletidas no carnaval de forma mais metafórica, a partir de atitudes e formas que, muitas vezes, passam despercebidas aos olhos da sociedade. A divisão entre povo e elite acaba sendo institucionalizada, fomentada fazendo surgir uma sensação de normalidade, costume, conveniência por parte da sociedade em aceitar essa discriminação “mascarada”.

2.2. A atual configuração do carnaval de Salvador: o embate de interesses públicos e privados e de princípios constitucionais

E é o próprio surgimento do trio elétrico que vai fomentar a característica mercadológica e empresarial do carnaval de Salvador. A evolução dessa nova estrutura do carnaval acaba por requerer investimentos maiores, sendo que as pequenas contribuições das pessoas físicas não conseguiriam suprir as necessidades desse evento. Daí a sacada das grandes

marcas em perceber que o trio seria uma potente máquina de divulgação de suas marcas, fazendo surgir os patrocínios para os trios (OLIVEIRA, 1996, p.88).

Como bem observou Roberto Damatta (1997, p.21), “Assim, sabemos que a ideologia econômica, fundada na noção de indivíduo e na idéia de mercado, local onde tudo pode ser trocado, comprado e vendido, é dominante na sociedade ocidental (...)”.

Esse interesse nascente econômico pelo Carnaval de Salvador não se deu somente no plano privado, passando o Governo a fomentar esse aspecto, voltando os olhares capitalistas para a festa. Como bem afirmou Antônio Risério (1981, p.90) falando do Governo, “seu projeto, em relação à Bahia, é bastante claro. Trata-se de saber como explorá-la “racionalmente”, a fim de aumentar a receita do Estado, a renda interna urbana de Salvador, o número de empregos, o lucro das empresas”. E esse pensamento não gira somente em torno do carnaval, todas as formas de manifestação cultural da sociedade baiana, como a religião, são vistas como fortes atrativos turísticos capazes de gerar riqueza, se fomentados pelo Governo (RISÉRIO, 1981, p.90).

Interesses políticos e econômicos fazem parte da visão que o Poder Público tem sobre o carnaval (RISÉRIO, 1981, p.93).

Observa-se, então, que desde muito tempo, já que a obra de Risério é da década de 80, esse interesse econômico e empresarial pelo carnaval de Salvador já era observado e já se encontrava presente, e hoje o que se vê é exatamente esse crescimento, o carnaval,

o axé, o trio, como fortes mercadorias expostas ao mundo todo. O potencial tecnológico do carnaval tomou proporções gigantescas, caracterizando um mega evento multifacetado.

É preciso observar, contudo, que esse aspecto econômico não é de todo negativo, muito pelo contrário. A evolução econômica do carnaval, e seu novo caráter de mega-evento, fez surgir grandes contribuições positivas.

O que há de se preocupar, contudo, são com as proporções tomadas por esse novo aspecto, e o que foi deixado de lado em razão disso. Então, a forma mais adequada seria uma conjugação equilibrada de todos os interesses inerentes a atual configuração da festa, de forma a não prejudicar seus aspectos originais.

Então, o carnaval de Salvador passa, cada vez mais, uma festa altamente complexa, exigindo do Poder Público e dos particulares, um preparo especial para a gestão dessa festa. Nas palavras de Tânia Fischer (1996, p.16-17):

Nenhum organismo público ou privado tem controle total sobre a festa. Este é um projeto compartilhado, realizado a inúmeras mãos, que são (sic) alianças e parcerias.

Em qualquer posição, espera-se destes gestores competência estratégica para agir na festa, o que supõe visão do todo e das partes e uma especial sensibilidade para seguir os fluxos da festa sem se enredar nas tramas.

Não é fácil a conjugação de interesses.

O PÚBLICO E O PRIVADO NO CARNAVAL DE SALVADOR

Ao poder público cabe regular e equilibrar os espaços de poder e liberdade, facilitando o auto-desenvolvimento e a auto-organização do Carnaval. Cabe-lhe, também, criar todas as possibilidades para que a festa aconteça, “planejando, organizando e operacionalizando o evento”, garantindo “alegria, tradição popular e caráter participativo”, como consta no plano estratégico da Prefeitura, voluntaria ou involuntariamente explicitando um dos conflitos iminentes à festa, pois espontaneidade e planejamento são opostos, como o são também as dimensões lúdica e lucrativa, de arte e negócio, de participação e de exclusão.

Há muitos conflitos na essência do carnaval, que é, ao mesmo tempo, uma festa popular e uma arena econômica e política, uma feira e uma celebração, um evento pluralista e democrático, com espaços reservados para a elite; uma vitrine de negócios e um cenário de manifestações culturais etno-raciais.

Observa-se, então, que a ponderação e harmonização de interesses é uma solução viável para que se tenha um carnaval que atenda as diversas expectativas sociais, de forma a garantir os seus aspectos originais e sua faceta econômica, equilibrando direitos fundamentais que a Constituição Federal assegura.

Como os direitos fundamentais são assegurados constitucionalmente por princípios constitucionais, é de suma importância fazer uma base teórica a respeito da solução dada colisões entre princípios, que é o que se vê na configuração dos interesses conflitantes do carnaval de Salvador. “Um princípio é relevante para uma decisão de direito fundamental quando ele

pode ser utilizado *corretamente* a favor ou contra uma decisão nesse âmbito. Se ele puder ser utilizado corretamente, então, ele é válido” (ALEXY, 2008, p.136).

A colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso, ou seja, em uma possível colisão entre princípios um deverá ceder ao outro, e, naquele caso concreto, um princípio terá mais peso, mais importância naquela situação, de forma que poderá ocorrer situação contrária em outra situação diferente. “Os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, 2008, p.93-94).

Diante disso, observa-se que a configuração do caso concreto, as peculiaridades da situação em que a colisão se configura, são fundamentais para a harmonia dos interesses.

Há dois tipos de relações de precedência entre princípios: a incondicionada e a condicionada. As relações incondicionadas, abstratas ou absolutas de precedência são aquelas feitas abstratamente sem levar em conta o caso concreto. Aqui um princípio precede o outro em qualquer condição. Já a relação condicionada, concreta ou relativa de precedência é aquela em que, sob determinadas condições, um princípio terá prevalência sobre o outro, mas, se mudam as condições, a relação poderá ser estabelecida de forma contrária. A relação de precedência incondicionada não existe no âmbito dos princípios. A lei de colisão adotada por Robert Alexy é aquela em que diz que um princípio, em determinadas condições, prevalecerá sobre o outro, podendo, em situação diferente, ocorrer de forma contrária (ALEXY, 2008, p.96-97).

Antes dessa relação de preferência os princípios em questão são apenas direitos *prima facie*, sendo que um deles irá ceder em relação ao outro que se tornará direito definitivo naquela situação concreta (ALEXY, 2008, p.108).

“No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões freqüentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência” (ALEXY, 2008, p.139).

Como o resultado da ponderação entre princípios é a prevalência de um sobre o outro, esta consequência deve respeitar o que se chama de *lei de sopesamento*. “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. “Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamentos de princípios e pode ser chamada de *lei do sopesamento*. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”. “Ela (a lei de colisão) faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos” (ALEXY, 2008, p.167-168).

Então, a fundamentação para que um princípio se sobreponha a outro deve ser adequada o suficiente

para justificar essa sobreposição, de forma que a importância de um para o caso concreto deve ser suficiente para fazer com que o outro seja não satisfeito.

Nesta tarefa de harmonização, “estará o exegeta dando cumprimento ao princípio da unidade da Constituição, que lhe demanda o esforço de buscar a conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e as colisões” (SARMENTO, 2002, p.99-100).

A aplicação de toda essa relação de ponderação, como bem se nota de sua estrutura, pode levar a uma carga subjetiva acentuada, de forma que, se utilizada sem qualquer parâmetro ou fundamentação adequada, pode acarretar em decisionismos e subjetivismos desarrazoados.

[...] torna-se evidente que a neutralidade plena do aplicador do Direito, postulada pela hermenêutica tradicional, constitui um mito ultrapassado [...]

Profundamente infiltrada pela política, a Constituição abriga inúmeras normas enunciadas de modo vago e aberto, franqueando ao intérprete um largo espaço para valorações subjetivas, nas quais inevitavelmente o fator ideológico acaba aflorando (SARMENTO, 2002, p.21-22).

Como bem salientou Robert Alexy (2008, p.163-164):

Contra a idéia de sopesamento é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o

sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juizes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.

Portanto, o modelo de aplicação da ponderação deve ser feito na sua forma fundamentada, e não na forma decisionista.

O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional (ALEXY, 2008, p.165).

Há um limite contra abusos na aplicação do sopesamento, de forma a controlar afetações desarrazoadas a direitos fundamentais. Esse limite é chamado de princípio da proporcionalidade.

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos

fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade (SILVA, 2002, p.24).

O foco na ponderação de interesses no que tange à Constituição Federal brasileira é o que interessa para a análise direcionada ao carnaval de Salvador.

“[...] a Constituição de 1988 espalhou-se por uma miríade de assuntos, que vão da família à energia nuclear. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional” (SARMENTO, 2002, p.23).

O método da ponderação de interesses não representa uma técnica puramente procedimental, pelo contrário, ela incorpora uma irreduzível dimensão substantiva, na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção dos valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional. Estes valores estão sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico como um todo (SARMENTO, 2002, p.57).

Tanto os atos estatais, como as relações privadas devem respeitar e atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, este princípio irradia seu valor

por todo ordenamento jurídico (SARMENTO, 2002, p.59-60).

Tanto o limite de atuação estatal, como a sua própria atuação, são regidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, “[...]o princípio da dignidade da pessoa humana também atua no âmbito das relações privadas de conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial” (SARMENTO, 2002, p.72).

Diante disso, pergunta-se: as condições de trabalho, de segurança, de higiene, de educação, de prevenção, de respeito do carnaval de Salvador atendem ao princípio da dignidade da pessoa humana? O princípio central da Constituição, no que tange ao ser humano, não é respeitado, que dirá os outros princípios também importantes para a sociedade. “Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representam o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito” (SARMENTO, 2002, p.75).

Em relação à ponderação de interesses, então, “É a partir desta perspectiva que o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se como guia substantivo para a realização da ponderação entre interesses constitucionais” (SARMENTO, 2002, p.73).

“Ao deparar-se com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove” (SARMENTO, 2002, p.74).

O princípio da proporcionalidade é essencial para a realização da ponderação de interesses constitucionais, pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subseqüentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação.

Na verdade, ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, representando duas faces de uma mesma moeda (SARMENTO, 2002, p.96).

“Portanto, a ponderação de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade” (SARMENTO, 2002, p.96).

O respeito ao princípio da proporcionalidade implica também que, a restrição a um princípio em face a aplicação do outro deve ser a mínima possível, de forma a adequá-los, a fazer com que ambos convivam harmonicamente. É o que Daniel Sarmiento chama de ponto ótimo (SARMENTO, 2002, p.102).

A ponderação de interesses, como já dito anteriormente, deve ser feita analisando o caso concreto, procurando harmonizar os direitos fundamentais em conflito, de forma a não prejudicar demasiadamente um desses direitos, respeitando os limites inerentes a eles, analisados em relação as circunstâncias em que se encontram.

No que se refere ao tema em análise, existem inúmeros direitos fundamentais que colidem na conformação de uma estrutura coesa do carnaval de Salvador. É tarefa difícil e complexa a aplicação de

uma ponderação perfeita, visto que a complexidade do carnaval faz com que, na prática, tudo se torne muito mais difícil. Contudo, as dificuldades não podem ser vistas como barreiras, empecilhos para que se faça a adequada ponderação, de forma que, com o gradual amadurecimento das idéias, tudo se torne mais fácil e mais hábil a acontecer de verdade.

Princípios e direitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a promoção do bem comum e a vedação de qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV), o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), direito à segurança, direito social ao lazer (art. 6º), o princípio da preservação da identidade cultural (art. 215), colidem com os princípios, também constitucionais da valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), da busca do pleno emprego (art. 170, VIII), o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*), princípio da propriedade privada (art. 170, II), da função social da propriedade (art. 170, III), princípio da redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico (art. 180).

Observa-se, como já dito, que são inúmeros os princípios que permeiam a configuração atual do carnaval de Salvador, de forma que cada um deles apontam para soluções muitas vezes divergentes, mas que podem ser conformadas de forma a assegurar diversos direitos, sem prejudicar a efetivação de outros.

De forma acertada, o Professor Ricardo Maurício, em sua tese que deu impulso inicial ao desenvolvimento deste presente trabalho, apontou como uma solução plausível a implementação de um projeto de

Lei Municipal que refletisse todo esse trabalho de conformação dos interesses e bens conflitantes do carnaval de Salvador (SOARES, 2009, p.193-194).

De fato, uma ponderação legislativa traz mais segurança, mais organização, e faz com que a sociedade também participe das discussões pertinentes a tal projeto, observando contudo, que não se retire o caráter espontâneo do carnaval e sua dinamicidade.

Nada mais justo do que a ampla participação de diversos setores sociais para elaboração de uma lei, já que visões diferentes se conformam e se harmonizam podendo assegurar direitos diversos, não acatando em visões arbitrárias e unilaterais.

Há uma importante passagem conclusiva do trabalho do Professor Ricardo Maurício (2009, p.194) que sintetiza o magno escopo da elaboração desse projeto normativo:

Sendo assim, a aprovação desse hipotético Projeto de Lei Municipal, legitimado por um amplo debate entre forças sociais da cidade, poderia simbolizar a reformulação da folia momesca dentro dos marcos constitucionalmente adequados, estabelecendo diretrizes mais adequadas para a organização de um Carnaval potencialmente lucrativo e socialmente mais inclusivo.

Não foi bem assim que as idéias se concretizaram.

3. CRÍTICAS E MÉRITOS DO “ESTATUTO DO CARNAVAL”

Em 28 de dezembro de 2009, o Prefeito Municipal da Cidade do Salvador publicou o Decreto de número

20.505, do qual é comumente chamado de “Estatuto do Carnaval”.

Na análise deste decreto, percebe-se, logo em sua introdução, que não se trata somente de um “Estatuto do Carnaval”, mas sim um estatuto que permite regulamentar todos os tipos de Festas Populares e demais eventos que requeiram o exercício do poder de polícia por parte dos órgãos competentes.

Apreciando seus diversos títulos, capítulos e os respectivos artigos, extraem-se alguns regramentos, críticas e méritos a serem diagnosticados.

Em seu primeiro capítulo, o decreto trata da matéria das competências, incluindo empresas, superintendências, secretarias, e outros entes, estabelecendo os regramentos e respectivas atribuições para cada um.

Dentre os artigos 2º ao artigo 4º o Estatuto relaciona, basicamente, uma série de regramentos para o mercado informal e os trabalhadores ambulantes, especialmente no que toca à higiene, conservação e venda dos alimentos e bebidas, localização, autorização e credenciamento para o legal funcionamento, licenças especiais, questões referentes à energia elétrica, equipamentos e utensílios utilizados, roupas e higiene pessoal, ou seja, tornar o funcionamento do mercado informal mais seguro e organizado garantindo mais segurança para os consumidores.

É de suma importância que se estabeleçam padrões de higiene para os trabalhadores informais do Carnaval. Contudo, o que se vê na prática, nas ruas,

após a vigência deste decreto, é as suas normas ficando no plano das idéias, no papel, e a fiscalização não atuando efetivamente para fazer acontecer o que este Estatuto determina. De nada adianta estabelecer esses padrões se eles não serão fiscalizados, efetivados na prática.

No artigo quinto encontram-se vedações para o mercado informal, como, por exemplo, no inciso VI, ele proíbe a produção e comercialização de churrasco e queijo coalho em espetos, sob pena de apreensão pela fiscalização. Mais uma vez, cabe a mesma crítica supracitada. A proibição de uso dos espetinhos para que estes não sejam utilizados como armas nos circuitos das festas, foi escancaradamente desrespeitada, bastava uma rápida fiscalização nas ruas para constatar a utilização dos espetinhos.

Uma importante observação encontra-se no artigo 7º, parágrafo 2º que fala sobre as mercadorias apreendidas quando perecíveis e não apanhadas pelo período de vinte e quatro horas serão destinadas à instituições de caridade, fazendo com que aflore a função social do Carnaval e demais festas populares.

Observa-se que em seu artigo 9º o estatuto oferece um importante e exaustivo regramento referente à higiene e saúde durante essas festas e eventos, inclusive mostrando a importância da conscientização e educação ambiental e higiênica, e também fomentando a reciclagem por meio das cooperativas de catadores de coleta seletiva.

Outra preocupação apreciada por este decreto encontra-se em seu artigo dez que se refere ao trânsito e

ao transporte tratando da organização, fiscalização e monitoramento destes setores.

Outro ponto importante a se destacar em tal estatuto diz respeito à publicidade, onde se encontra um forte controle da publicidade feita de forma irregular e proibindo, inclusive, determinados tipos de publicidade que pode ser observado em seu artigo onze.

Pertencente a tal estatuto é também a preocupação com o meio ambiente, como pode ser observado em seu artigo doze, fiscalizando a veiculação sonora, poluição da atmosfera, a preservação ambiental e dos bens do Sítio Histórico.

Dentro da questão social de proteção da criança e do adolescente, observa-se em seu artigo quatorze, inciso I um Projeto denominado “O Trabalho Infantil vai dançar no Carnaval” contra a exploração do trabalho de menores durante o circuito do carnaval. Ainda neste artigo observa-se também a preocupação com os deficientes físicos em relação a uma maior atenção aqueles que possuem alguma deficiência e que trabalham durante a festa.

Acertadamente, o Estatuto buscou prevenir o trabalho infantil e a preocupação com os deficientes que trabalham, mesmo que se constate que a realidade é outra, que crianças trabalhando no Carnaval não é algo raro, e sim muito comum, atentar contra o trabalho infantil é tarefa de todos e que deve ser feita de forma a que toda população se conscientize.

No seu artigo dezesseis, o decreto regulamenta a questão da segurança da população de forma tímida.

Aqui há um verdadeiro tropeço, um verdadeiro desleixo no que tange a um dos, se não o maior, problema do Carnaval de Salvador. Por mais que se veja os policiais atuando, em grande número de agentes, a violência é nítida e preocupa a todos. Os pontos críticos de violência deviam ser trabalhados de forma mais preventiva, observando os focos e atuando de forma direcionada. A importância dada a questão da segurança foi mínima, em prol de ter, exaustivamente, tratado de outras questões também importantes, mas não tão importantes quanto a segurança.

Outro ponto interessante que pode ser retirado deste decreto situa-se em seu artigo vinte e dois, que trata do combate à exploração da imagem da mulher no sentido de objeto sexual e também a outros tipos de discriminação, como a racial, a homofobia e à violência contra as classes discriminadas.

É sabido de todos a imagem degradante e difamada que é vista a mulher brasileira, sobretudo no que tange a sua divulgação por parte da mídia. É ponto importante a ser trabalhado, e no Carnaval, então, é que esta campanha tem sim que ser efetivada.

O título II trata do Licenciamento. Em seu capítulo I ele aborda a questão do funcionamento e instalação de camarotes, arquibancadas e similares, além da questão dos blocos. Basicamente, este capítulo trata de questões técnicas a respeito dos camarotes, arquibancadas e similares, tendo em vista a preocupação com o licenciamento que deverá ser feito após pagamento de tributos e encargos na forma da lei; a questão da localização, ou seja, se é localizado em local público ou em ambiente privado e suas respectivas

condições de funcionamento para cada ocasião; as questões físicas de capacidade e dimensões de áreas para fins de cobrança de impostos; toda parte estrutural do camarote; a questão dos banheiros relacionada ao número de pessoas; áreas de acesso para portadores de deficiência física; autorização da TRANSALVADOR caso haja impacto sobre o trânsito e o transporte da cidade; a questão da preservação livre dos passeios públicos; questões referentes à higiene sanitária e a saúde como um todo; encaminhamento ao órgão competente do plano de segurança a ser adotado dentre outras questões.

Já no capítulo IV, que trata dos níveis de emissão sonora, observa-se um interessante inciso dentro do artigo quarenta e um que estipulam que nas laterais dos trios e carros de som deverão ter a seguinte mensagem: “EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS A ADOLESCENTES, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, HOMOFOBIA E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER SÃO CRIMES! DENUNCIE! LIGUE PARA 100”. Mais um mérito observado de grande importância para toda sociedade, e o Carnaval um grande espaço para divulgar esses projetos.

Neste mesmo capítulo, em seu artigo quarenta e dois, parágrafo segundo, localiza-se uma série de garantias para os trabalhadores que ficam próximos aos trios, como é o caso dos cordeiros, como, por exemplo, a distribuição de protetores auriculares, protetores solares, luvas de segurança, refeições, camisa adequada, dentre outros.

Este foi um dos mais importantes avanços que o Estatuto abriu espaço. A condição de trabalho dos

chamados “cordeiros” era totalmente sem nenhum regramento, sem garantias para os trabalhadores, sem sequer garantir a remuneração do trabalho, sem nenhum tipo de contrato, sem materiais adequados, sem refeição, enfim, permitir que este tipo de trabalho tenha uma regulamentação é um passo fundamental para garantir um mínimo de dignidade destes trabalhadores.

No último capítulo das disposições finais encontra-se no artigo quarenta e nove uma norma que diz que, para que haja toda essa fiscalização e acompanhamento do que foi disposto neste decreto é necessário que os órgãos municipais competentes por cada matéria regulamentem estas através de atos normativos para que ocorra a efetiva fiscalização das atividades exploradas.

Ai está instalado, como já havia sido mencionado, o problema da fiscalização. De nada adianta estabelecer normas, parâmetros, regramentos, medidas, se todos esses aspectos não forem fiscalizados pelo Poder Público. O que se quer alcançar com este Estatuto, ou seja, uma maior organização das festas populares, não será atingido se não há a efetiva fiscalização, dependendo, ainda, de normatização dos órgãos, o que torna tudo mais difícil e dependente de “boas vontades”.

No geral, o que se extrai das trinta e duas páginas deste Decreto é um tecnicismo exagerado, dando regramento exaustivo a questões técnicas, que não deixam de ser importantes, mas deixando de lado questões como segurança; valorização cultural; fomento a blocos abertos ao público; incentivo aos circuitos

alternativos que valorizem os carnavais de bairro, enfim, questões que cabe ao Poder Público incentivar e fazer acontecer.

O problema da ponderação de interesses no Carnaval de Salvador ainda não deixou de ser um problema.

4. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E SEUS PROBLEMAS DE APLICAÇÃO NO BRASIL

O que se extrai da leitura de autores como Daniel Sarmiento e Luís Virgílio Afonso da Silva é que, a aplicação do método da ponderação de interesses no Brasil encontra balizamentos que impedem que esta seja aplicada, ou que seja aplicada de forma equivocada, desvirtuando de sua função e de seus métodos.

Como bem salientou Daniel Sarmiento (2002, p.141-142), o problema da ponderação está na sua aplicação pelos Tribunais. Prosseguindo, ele utiliza alguns argumentos:

O segundo argumento volta-se contra a pretensa inconsistência metodológica da ponderação de interesses. Há quem afirme que, sob o rótulo da ponderação, abriga-se um completo decisionismo judicial, já que o método não fornece pautas materiais para a solução dos casos concretos. Segundo esta linha de argumentação, o método da ponderação de interesses não impõe critérios racionais e objetivos de decisão, conferindo ao juiz uma margem exagerada de discricionariedade na eleição dos princípios que devem prevalecer no caso concreto.

Finalmente, o terceiro argumento sustenta que o método da ponderação implica na outorga de um poder excessivo ao Judiciário, em detrimento do Legislativo, engendrando, por isso, um déficit de legitimidade democrática no processo decisório, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos. Segundo tal entendimento, a ponderação de interesses transfere para o juiz o poder de realizar opções políticas acerca dos valores e bens jurídicos a serem prestigiados nos conflitos entre princípios constitucionais, sendo tal atribuição essencialmente legislativa.

Em relação a esse segundo argumento, como bem se observou no capítulo 2.2 deste trabalho, a ponderação de interesses, por trazer forte carga subjetiva, deve ser fundada em justificativas plausíveis, de forma fundamentada pelo juiz, além de ter limites de atuação, como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade que traz critérios que podem ser observados de forma objetiva. Ou seja, a ponderação de interesses só acarreta em arbitrariedades se aplicada de forma não fundamentada, a margem de discricionariedade dada ao juiz não pode se desvirtuar de sua função de justiça, sendo que a ponderação oferece sim critérios racionais e objetivos para se fundamentar a sua aplicação à decisão do caso concreto.

Cumprе ressaltar, porém, que a ponderação, pelo menos nos moldes propostos ao longo deste estudo, funda-se em critérios racionais, passíveis de controle objetivo. O uso do princípio da proporcionalidade, em sua trílice dimensão, para a aferição da validade da compreensão a cada um dos interesses constitucionais em jogo, bem como

a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz substancial das ponderações, diminuem a carga de subjetividade inerente ao processo em questão, tornando-o mais seguro e controlável (SARMENTO, 2002, p.146).

Ademais, a insegurança jurídica inerente ao método de ponderação de interesses tende a diminuir com o passar do tempo, na medida em que casos semelhantes vão aflorando na jurisprudência e esta vai consagrando soluções e cristalizando certas regras de preferência condicionadas entre os princípios (SARMENTO, 2002, p.148).

Em relação ao terceiro argumento, não se pode deixar nas mãos do Poder Legislativo a regulamentação de tudo que seja possível no mundo na vida. O caráter aberto das normas que comportam princípios, direitos fundamentais e cláusulas gerais é muito utilizado atualmente, já que não é possível o legislador prever todas as questões relativas às coisas que acontecem na sociedade. A sociedade caminha em passos muitos mais longos do que o Direito, de forma que é imprescindível que o juiz, analisando o caso concreto, dê a solução a este de forma que, se há omissão do legislador sobre a matéria, o juiz não pode se omitir, e as normas que comportam um caráter aberto estão no ordenamento justamente para permitir que o juiz supra as deficiências do legislador, não pode o cidadão ficar a espera de um processo legislativo, que de fato é demorado, para que o seu direito seja efetivado.

Além do que, não se vive mais um separação de poderes rígida, sendo que cada um dos poderes pode exercer funções típicas e atípicas, sem, contudo,

ultrapassar os seus limites invadindo competência que não lhe dizem respeito.

Prosseguindo, o autor fala ainda do problema de fragilização dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2002, 143-145):

Os opositores à ponderação de interesses questionam a possibilidade do Poder Judiciário negar aplicação a direitos fundamentais, sob o pretexto de proteção de outros bens jurídicos, sem explicito amparo na Constituição.

Segundo tal entendimento, a ponderação tornaria mais frágeis os direitos fundamentais, cuja proteção tornar-se-ia dependente sempre da boa vontade do órgão jurisdicional responsável pela sua tutela.

Sem embargo, cumpre ressaltar que a ponderação de interesses é uma necessidade indeclinável diante da natureza aberta das normas constitucionais, que não possuem campos de incidência demarcados com precisão. Esta característica está presente também nas normas que consagram direitos fundamentais, fazendo que estes muitas vezes colidam na resolução de casos concretos.

Sem a ponderação, a concorrência entre direitos diversos teria de ser resolvida através da instituição de uma arbitrária hierarquia entre eles, o que acabaria tornando letra-morta aqueles direitos aos quais intérpretes, às vezes por uma predileção pessoal, situasse num escalão mais baixo.

Ademais, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como vetor material das

ponderações, reduz substancialmente o risco de que a realização destas possa comprometer a tutela dos direitos fundamentais.

No âmbito de aplicação pelos Tribunais Brasileiros, cumpre fazer algumas referências.

A análise da jurisprudência dos nossos tribunais superiores revela que a técnica da ponderação de interesses não é usada abertamente. Em regra, a fundamentação das decisões é apresentada como se os julgadores houvessem se balizado exclusivamente por raciocínios lógico-formais. Nota-se uma forte inclinação dos tribunais à ocultação da dimensão retórica das duas decisões. Os juízes tendem, conscientemente ou não, a escamotear os fatores não dogmáticos dos seus julgamentos, como se isso fosse indispensável para legitimá-los aos olhos da sociedade. Contudo, o efeito alcançado é inverso ao pretendido, pois, sempre que a fundamentação deixa de retratar fielmente as razões da decisão jurisdicional, esta torna-se obscura, incontrolável, e, por isto mesmo, ilegítima (SARMENTO, 2002, p.171).

Ainda fala o autor (SARMENTO, 2002, p.171-172) no medo dos juízes da dose de subjetivismo que a ponderação acarreta, como se isso não existisse em quase toda decisão proferida por ele. A idéia de que o juiz é neutro quando elabora a sua decisão do caso concreto, já está ultrapassada, não se confundido atualmente, neutralidade com imparcialidade, esta última sim deve está sempre presente.

Além disso, o autor ressalta o problema de que somente recentemente a doutrina brasileira começa a sair mais do atraso metodológico de aplicação do

positivismo jurídico, o que dificulta também a aplicação da ponderação, método este que não se coaduna com as premissas metodológicas do positivismo (SARMENTO, 2002, p.172).

Luís Virgílio Afonso da Silva se preocupa mais com o problema de aplicação do princípio da proporcionalidade pelos Tribunais Brasileiros.

Ele se refere ao problema de utilização da razoabilidade a do princípio da proporcionalidade como sinônimos, e é o que se extrai da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras no autor (SILVA, 2002, p.31): “Em inúmeras decisões, sempre que se queria afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’”.

O Tribunal limita-se a equiparar a proporcionalidade a razoabilidade, atendo-se à fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade (SILVA, 2002, p.32).

“A exigência da razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de ‘compatibilidade entre meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins’” (SILVA, 2002, p.32).

Observa-se, então, que não é correto a utilização da proporcionalidade, que tem sub-regras bem delimitadas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), como sinônimo da razoabilidade.

Em vista disso, ainda que o STF se refira frequentemente ao princípio da proporcionalidade,

essa referência é tecnicamente incorreta, e deve ser entendida como referência à análise da razoabilidade. Destarte, pode-se dizer que na jurisprudência do STF não se encontram maiores subsídios para o desenvolvimento da discussão sobre a regra da proporcionalidade no Brasil (SILVA, 2002, p.33).

Com todos esse problemas, como disse o autor Daniel Sarmiento, a ponderação de interesses vem sendo aplicada pela jurisprudência brasileira, ainda que de forma um tanto opaca (SARMENTO, 2002, p.172).

5. CONCLUSÕES

Conclui-se este trabalho, com algumas observações finais:

- a) a ponderação de interesses se afigura como medida adequada para a solução dos conflitos entre bens e interesses na configuração atual do Carnaval de Salvador;
- b) esta referente ponderação deve adequar os interesses públicos e sociais e os interesses dos empresários e empreendedores de forma a garantir um Carnaval que compatibilize todos os seus potenciais, sem ferir bens e interesses conflitantes;
- c) o Decreto Municipal 20.505/2009 contém falhas visíveis e que precisam ser trabalhadas, não dando a devida atenção a importantes problemas do Carnaval de Salvador;

- d) o atual “Estatuto do Carnaval” se afigura, ainda, inadequado, não compilando os resultados de uma ponderação adequada, que é o que se quer desse Estatuto;
- e) a ponderação de interesses encontra dificuldades de aplicação na jurisprudência brasileira como um todo, devido a diversos balizamentos metodológicos e ideológicos.

Enfim, é tarefa árdua, ainda, da doutrina e jurisprudência brasileira o desenvolvimento da ponderação de interesses, já que esta se afigura importante método de efetivação de direitos fundamentais frente a freqüentes colisões existentes no plano concreto, e que não se pode negar a existência delas.

Pode ser que, com o gradual amadurecimento e desenvolvimento do método pelos operadores do direito, ela seja aplicada de forma correta e sem embargos. O Carnaval de Salvador ainda necessita de um regramento adequado que reflita as expectativas dos diversos setores sociais, conformando, harmonizando, ponderando, bens e interesse públicos e privados.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros 2008, p.85-179.
- DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis. Para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- FISCHER, Tânia. **O Carnaval Baiano. Negócios e Oportunidades**. 1.ed. Brasília: SEBRAE, 1996.

OLIVEIRA, Paulo Cezar Miguez de. **Carnaval Baiano: as tramas da alegria e a teia de negócios.** 1996. Dissertação (Mestrado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

RISÉRIO, Antonio. **Carnaval Ijexá; notas sobre afonxés e blocos do novo carnaval.** Salvador: Currupio, 1981.

SALVADOR. Decreto n.º 20.505, de 28 de dezembro de 2009. Dispõe sobre as festas populares da Cidade do Salvador. Disponível em: http://www.portaldocarnaval.ba.gov.br/2010/Arquivos/Dec_20_505_ESTATUTO_DAS_FESTAS_POPULARES.pdf. Acesso em: 18 de jan. 2010.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** 1.ed. 2002, 2ª tiragem.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v.798, p. 23-50, abr., 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freires. O Público e o Privado no Carnaval de Salvador: a Necessidade de uma Ponderação de Bens e Interesses. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, v.1, p.183-195, 2009.

