

# conceito jurídico

ano IV | julho de 2020 | nº 43



Violência contra a mulher  
em tempos de Pandemia **Pág. 7**



 zakarewicz  
editora



## Reprodução humana assistida reflexos jurídicos



### VISÃO JURÍDICA

Regis Fernandes de  
Oliveira

Notas críticas sobre  
emendas parlamentares  
individuais e de bancada



### ENFOQUE

Luiz Flávio Borges  
D'Urso

Tribunal do Júri Virtual



### DOCTRINA

Ives Gandra da Silva  
Martins

Inteligência do art. 62,  
§ 10, da CF

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

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

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

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

**Diretor Geral:** André Luis Marques Viana

**Revisão:** ZK Editora

**Arte e Diagramação:** Charles Design

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3263-1362

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeeditora.com.br

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

**ANÚNCIOS**

comercial@zkeeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

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



zakarewicz  
editora





*Evandro Fabiani Capano*

ARQUIVO PESSOAL

## Carta à diplomacia brasileira

**O** ano de 2020 continua com surpresas desagradáveis. Neste mês de julho, fiquei perplexo ao receber notícia de que o Brasil teria votado contra Projeto de Resolução da ONU que tinha por objeto combater a discriminação contra mulheres e meninas.

O veto brasileiro refere-se à “garantia de acesso universal à educação sexual como uma das formas de lidar com a discriminação e mesmo a violência, sendo que o Brasil foi acompanhado por governos ultra-conservadores e acusados de posturas de violação aos direitos das mulheres, como a Arábia Saudita, Catar, Bahrein, Paquistão e Iraque, em oposição aos demais países ocidentais que estavam em consonância de apoio ao projeto.

Quero lembrar à Diplomacia Brasileira, assumindo o risco de ser pretencioso, que mesmo antes do mestre Rui Barbosa, nosso Itamaraty, historicamente, apresentou postura comprometida com os valores da Dignidade Humana.

É importante que se colacione que em relação ao objeto do veto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, buscou pavimentar na comunidade internacional, por meio da Organização das Nações Unidas (ONU), a positivação de convenções internacionais de cooperação mútua e mecanismos de controle que garantam um elenco de direitos considerados básicos à vida digna, os chamados Direitos Humanos.

Em especial na dimensão sexual da Dignidade Humana, as últimas décadas registraram avanços na legislação nacional e internacional sobre a reprodução e a sexualidade das mulheres, sendo neste ponto importante que expressamente se pontue duas conferências, já antigas, promovidas pela Organização das Nações Unidas.

O primeiro momento especial de discussão sobre a reprodução e utilizado da sexualidade foi a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, que assentou ser essencial a proteção à saúde,

aos direitos sexuais e aos direitos reprodutivos, abandonando a ênfase na necessidade de limitar o crescimento populacional como forma de combater a pobreza e as desigualdades, focando no desenvolvimento do ser humano.

Esta conferência trouxe novo olhar para o debate sobre população e desenvolvimento, lançando parâmetros arrimados aos direitos fundamentais da mulher enquanto ser humano, clarificando questões sobre as desigualdades de gênero.

Como apontado pela *International Women's Health Coalition*, “o Programa de Ação, aprovado por 179 governos, assinalou uma nova compreensão entre as entidades mundiais, ou seja, que a população e o desenvolvimento estão inextricavelmente ligados e que a atribuição de poder à mulher é a chave de ambos. E, pela primeira vez, a saúde reprodutiva e sexual e os direitos da mulher tornaram-se o elemento central de um acordo internacional sobre população e desenvolvimento”.

O segundo momento que merece atenção foi a Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, Pequim, em 1995, em que se reafirmaram os acordos estabelecidos no Cairo e avançou-se na definição dos direitos sexuais e direitos reprodutivos como Direitos Humanos.

Com relação à saúde reprodutiva, estas conferências da ONU cristalizaram o conceito de saúde reprodutiva definido em 1988 pela Organização Mundial da Saúde (OMS):

“A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e as suas funções e processos, e não de mera ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo autonomia para se reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Implícito nessa última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos de regulação da fecundidade, de sua escolha, que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de atravessar, com segurança, a gestação e o parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. Em conformidade com a definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isso inclui também a saúde sexual, cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis (NACIONES UNIDAS, 1995, anexo, cap. VII, par. 7.2).”

Apoiamos as duas Conferências e tivemos papel preponderante na conclusão dos trabalhos que asseguram Direitos às mulheres. Este sempre foi, portanto, o compromisso da nação brasileira. O Brasil votou favoravelmente aos dois textos das Conferências, tendo inclusive brilhado no palco da Conferência do Cairo. Fazíamos diplomacia de verdade!

Fica aqui um pequeno ato de protesto, pela covardia da Diplomacia Brasileira ao negar sua vocação de paz e preocupação com a Dignidade de nossa gente. 

---

**EVANDRO FABIANI CAPANO** é Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e em Direito pela Universidad de Salamanca-Espanha, em programa de Dupla Titulação, com Defesa Pública de Suficiência Investigatória realizada na Espanha e Defesa Pública da Tese realizada em São Paulo.

3

COM A  
PALAVRA

## Carta à diplomacia brasileira

Evandro Fabiani Capano

7

ENTREVISTA

## Violência contra a mulher em tempos de Pandemia

Mayara Vieira Dias

10

DIREITO E  
BIOÉTICA

## Criança, família e OMS

Ângela Gandra Martins e  
Maurício Cunha

12

PAINEL DO  
LEITOR

## Lei nº 14.010 de 10 de junho de 2020 estabelece regime jurídico emergencial no período da pandemia do Coronavírus (COVID-19)

Luís Rodolfo Cruz e Creuz e  
Aline Cruvinel

18

PROPOSTAS E  
PROJETOS

## O desafio de garantir a segurança jurídica no atual contexto

Renato Scardoa e  
Maria Fabiana Seoane  
Dominguez Sant'Ana

21

PAINEL  
ECONÔMICO

## A intransigência da retórica liberal

Luiz Guilherme Piva

23

DESTAQUE

## Homem, sonhos e o trabalho: reflexões sobre um futuro próximo

Ricardo Pereira de  
Freitas Guimarães

26

CAPA

## Da coparentabilidade na reprodução humana assistida e os seus reflexos jurídicos

César Dallabrida Junior e  
Valéria Silva Galdino Cardin

34

CAPA

## Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida quanto aos casais homoafetivos no registro civil

Évelly Salvador Miranda e Cleide  
Aparecida Gomes R. Fermentão

45

CAPA

## Dos limites bioéticos da reprodução humana assistida em face da multiparentalidade

Vânia Andrea Facci Vieira e  
Valéria Silva Galdino Cardin

54

PLANEJAMENTO  
FINANCEIRO

## O impacto do Covid-19 e as mudanças no planejamento financeiro das famílias brasileiras

Thiago Hagui

56

ENFOQUE

## Tribunal do Júri Virtual

Luiz Flávio Borges D'Urso

58

CIÊNCIA JURÍDICA  
EM FOCO

**Verificação da existência de poder disciplinar eventualmente conferido aos militares da reserva remunerada prestadores de tarefas por tempo certo**

Jorge Cesar de Assis e  
Juliana Paula de Souza

66

IN VOGA

**A eficácia dos acordos realizados na vigência da MP 936 frente o advento da Lei nº 14.020, de 07.07.20**

Fabiano Zavanella

69

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

**Atos do governo em Tempos de Pandemia (COVID-19) à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

Claudete Inês Pelicoli

86

CONTEXTO

**O quarto poder**

Libero Penello de  
Carvalho Filho

99

PORTAL  
JURÍDICO

**Pagamento antecipado de contrato. Viabilidade. Estado de calamidade**

Ivan Barbosa Rigolin

108

CONJUNTURA

**O Direito Financeiro em outro patamar: o do equilíbrio**

Daniel Giotti de Paula e  
Allan Titonelli Nunes

111

VISÃO JURÍDICA

**Notas críticas sobre emendas parlamentares individuais e de bancada**

Regis Fernandes de Oliveira

122

COMO DECIDEM  
OS TRIBUNAIS

**Juiz não é polícia!**

Rômulo de Andrade  
Moreira

126

DOCTRINA

**Inteligência do art. 62, § 10, da CF**

Ives Gandra da Silva Martins

131

PONTO  
DE VISTA

**Conciliação entre família e trabalho em tempos de pandemia**

Eduardo Pragmácio Filho e  
Lissa Tomyama



*Mayra Vieira Dias*

ARQUIVO PESSOAL

# Violência contra a mulher em tempos de Pandemia

Fique em casa! Esta frase tem sido repetidamente anunciada desde o início da pandemia, mas pouquíssimas pessoas imaginam o que essa determinação pode acarretar na vida de milhares de mulheres ao redor do mundo. E para falar sobre este atual cenário alarmante e devastador, convidamos a advogada Mayra Vieira Dias, que é sócia do escritório Calazans e Vieira Dias Advogados, Líder do Projeto Justiceiras e Membro Voluntário do Grupo Mulheres do Brasil. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que a Sr<sup>a</sup>. pode nos falar sobre a cultura machista e a violência doméstica?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – A violência doméstica ocorre desde o início da história, e a cultura machista é, sem dúvidas, a grande causa do desacerto humano neste ponto. Na a Idade Média a discriminação contra a mulher foi a mais cruel, mulheres eram queimadas sob a acusação de bruxaria – quando na verdade eram nada mais que mulheres tentando ocupar espaço e respeito na sociedade – e, para cada dez bruxas queimadas na fogueira da Inquisição, um bruxo era queimado. Ponto mais recente na linha do tempo demonstra que, com a criação do Código Civil de 1916, foi instituído que a mulher deveria ter autorização do marido para trabalhar – com o objetivo de proteger a família.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Ou seja, mesmo com a evolução da civilização, os direitos das mulheres sempre foram violados?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – A mulher durante toda a história, com exceção em algumas civilizações, foi reconhecida como propriedade do homem. Atualmente, muitas pessoas ainda com ideias retrógradadas têm este entendimento, impedindo o desenvolvimento intelectual, independência financeira e liberdade da mulher, violando muitas vezes direitos fundamentais garantidos a todo ser humano, como a igualdade, a liberdade e a vida.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Hoje vivemos em condição de isolamento social, e essa condição nos mostra que a violência doméstica está extremamente evidente. Na sua opinião, quais as razões para isso?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – Com o isolamento social devido à pandemia Covid-19, o número de casos de violência doméstica denunciados aumentou consideravelmente. De acordo com dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), este aumento foi de 50% comparado ao mesmo período do ano passado; e, em 12 estados do país, os casos de feminicídio cresceram 22,2% entre março e abril, comparativamente ao ano passado. Este considerável aumento se dá às condições enfrentadas devido à pandemia: a instabilidade emocional – resultado da redução da capacidade financeira gerada pelo aumento do desemprego; o aumento excessivo do consumo de álcool e de outras drogas pelos agressores; a permanência constante no mesmo ambiente que a vítima; bem como a vulnerabilidade desta quando afastada da família e do seu núcleo social são fatores potencializantes à agressividade e o poder de controle sobre a vítima.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que se tem feito para minimizar esse quadro?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – Vários projetos e ações foram desenvolvidos visando a proteção da mulher em tempos de pandemia. O Projeto Justiceiras (idealizado pela Promotora de Justiça Gabriela Manssur, e desenvolvido com a união dos esforços do Instituto Justiça de Saia, Instituto Nelson Willians e Instituto Bem Querido Mulher), como também a Campanha Sinal Vermelho (desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ) são exemplos do engajamento da sociedade em defesa da mulher vítima de violência doméstica. O Poder legislativo também tem se esforçado de forma desmesurada para aumentar a proteção da mulher. Exemplo disso é a Lei 14.022 de 07 de Julho de 2020, que alterou a Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, dispondo sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Quais são as garantias dadas pela Lei 14.022 de 07 de julho de 2020?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – A referida Lei garante a não suspensão de prazos processuais relacionados à violência doméstica, o registro de boletim de ocorrência online ou por telefone de emergência, e a adoção de medidas necessárias para atendimento presencial.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Quais as medidas necessárias para o atendimento presencial?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – Quanto à adoção de medidas necessárias para o atendimento presencial, a Lei 14.022/2020 enfatiza a obrigatoriedade em alguns crimes previstos no Código Penal, como feminicídio (inciso VI do § 2º do art. 121), lesão corporal (art. 129), ameaça praticada com arma de fogo (art. 147), estupro (art. 213 e caput e nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 217-A), entre outros. Assim também nos crimes previstos na Lei Maria da Penha, como o descumprimento de medidas protetivas de urgência (art. 24-A), além do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, tudo conforme parágrafo 2º do artigo 3º da referida Lei.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E nos caso de crimes de violência sexual?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – Nos casos de crimes de violência sexual, a Lei 14.022/2020 garante a realização prioritária do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, e também violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. Possibilitando ainda exame de corpo de delito no local em que se encontrar a vítima, se houver a adoção de medidas pelo poder público que restrinjam a circulação de pessoas.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual o objetivo em alterar a Lei 13.979/2020 pela Lei 14.022/2020?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – A alteração da Lei 13.979/2020 pela Lei 14.022/2020 foi de extrema necessidade para assegurar maior proteção às mulheres, mas de nada adianta a Lei se o sistema não funciona. Ainda nos dias atuais, existem casos de mulheres que sofreram violência e na delegacia foram aconselhadas a não fazer o Boletim de ocorrência, ou quando fizeram o boletim de ocorrência, foram obrigadas a voltar para a casa onde se encontra o agressor, porque suas cidades não dispõem de casa abrigo para seu acolhimento. Além disso, em centenas de municípios faltam delegacias especializadas, e quando têm, não existem funcionários suficientes e preparados para dar conta da demanda e em apenas algumas poucas cidades houve a instalação de Vara especializada para os casos de violência doméstica.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que é preciso para evitar essas deficiências?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – O problema da violência contra a mulher vai muito além da lavratura do boletim de ocorrência e da obtenção da medida protetiva, e por isso é importantíssimo o olhar do poder público para as deficiências existentes no sistema: desde o atendimento à vítima, até a implantação de locais de acolhimento com a estrita vigilância do correto funcionamento destes lugares, incluindo atendimento humanizado e eficiente, bem como a instalação das Varas Especializadas com a máxima urgência.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual o recado que a Sr.<sup>a</sup> deixa para nossos leitores?*

**MAYRA VIEIRA DIAS** – O combate à violência contra a mulher é uma causa urgente que deve ser abraçada por toda a sociedade, exigindo maior envolvimento do Poder Executivo na busca da devida aplicação de leis que disciplinam o tema, pois somente quando as diretrizes da legislação forem atendidas e implementadas com efetividade nas diversas estruturas de atendimento da rede de proteção à mulher, teremos a esperança de reverter este atual cenário alarmante e devastador que nos faz perder milhares de mulheres por ano, vítimas de violência de gênero. 

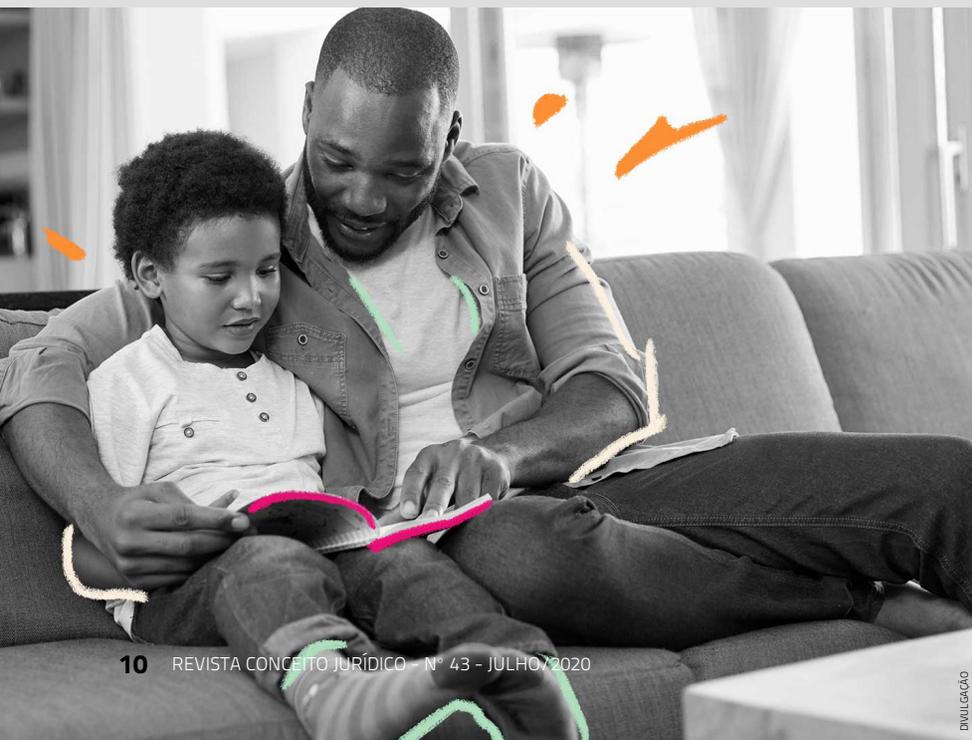
# Criança, família e OMS

■ POR ANGELA GANDRA MARTINS E MAURICIO CUNHA

**“Entendemos a sexualidade humana como tal, dentro de toda sua riqueza relacional, sendo de fundamental importância protegê-la e projetá-la a partir de sua própria raiz – a família –, sem dissociá-la do amor e do respeito. Propostas redutivas semelhantes às da ONU desconectam ainda a sexualidade da liberdade e da responsabilidade, manipulando seres humanos indefesos e plantando um futuro desarmônico e sujeito a frustrações e desequilíbrios afetivos.”**

**P**ara muitos, a pandemia tem servido de meio para abandonar uma visão individualista e utilitarista de mundo e se voltar à esfera social e solidária, começando pela própria família. Porém, infelizmente, temos assistido também a um palco de oportunismo político auto interessado, onde os fins divergem de um verdadeiro serviço ao ser humano e ao bem comum.

Nesse sentido, apresentam-se as iniciativas da ONU em termos de “ajudas humanitárias” que incluem, paradoxalmente, o “serviço essencial” de aborto seguro durante a pandemia, enquanto todo foco



deveria estar centrado em salvar os mais vulneráveis e preservar vidas. Os que têm a oportunidade de transitar na instituição conhecem suas agendas paralelas forçadas, incluindo a ideia fixa na saúde sexual reprodutiva –, em detrimento de tantos direitos humanos constantes da Declaração Universal que deixam de ser viabilizados com a velocidade desejada, devido ao monotema –, contrariando a vontade da ampla maioria das famílias e destacando sua autoridade acima dos próprios Estados.

Uma proposta nesse campo, que pode ser denominada de anti-humana, é a veiculação do programa da OMS para crianças menores de quatro anos de idade contendo homossexualidade, pornografia e masturbação, e que oferece diretrizes em substituição àquelas preconizadas pelas suas famílias, para que possam “gozar do prazer” desde a infância, como “parte normal da vida de cada um”, incluindo as relações com colegas do mesmo sexo. O programa oferece treinamento de (des) educadores para os distintos países, declarando que na sociedade moderna, não bastam os pais, pois é preciso dar informações técnicas sobre a complexidade da sexualidade.

Os resultados são conhecidos, até mesmo dentro da própria ONU, que em 2018 reconhecia 60.000 casos de exploração sexual cometidos por 3.300 pedófilos que trabalham na instituição. Razões, além do prazer? Todos sabemos que a indústria do sexo move muito dinheiro, também no que se refere à tragédia da pedofilia.

Desde o primeiro momento, a Secretaria Nacional da Família do Ministério da Família, da Mulher e dos Direitos Humanos, em conjunto com a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, tem trabalhado o tema, com o lançamento de cartilhas e material didático como a cartilha “Família Protetora” ou a cartilha sobre “Abuso sexual de crianças e adolescentes”, por exemplo. O objetivo destes materiais é resgatar o conceito da família como protagonista da formação das crianças, fortalecendo suas competências protetivas.

Ressaltamos que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) estabeleceu a doutrina da proteção integral sob dois pilares: (I) a concepção da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e, (II) a afirmação da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Por essa razão, necessitam de proteção, e não de exposição. Nesse sentido, os pais e responsáveis têm um papel preponderante e não devem ser substituídos. Cabe aqui recorrer à analogia popular – ainda que desproporcional – dos estragos ocasionados por um elefante em uma loja de cristais, quando se delega essa instrução, tendo em conta, não a complexidade, mas a delicadeza da completude humana. Entendemos a sexualidade humana como tal, dentro de toda sua riqueza relacional, sendo de fundamental importância protegê-la e projetá-la a partir de sua própria raiz – a família –, sem dissociá-la do amor e do respeito. Propostas redutivas semelhantes às da ONU desconectam ainda a sexualidade da liberdade e da responsabilidade, manipulando seres humanos indefesos e plantando um futuro desarmônico e sujeito a frustrações e desequilíbrios afetivos.

Ainda que possamos servir, de certa forma, como alto-falante das famílias em defesa das crianças e de sua dignidade, a voz é delas e não podemos sufocá-la. 



ARQUIVO PESSOAL

**ANGELA GANDRA MARTINS** é Secretária Nacional da Família do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.



ARQUIVO PESSOAL

**MAURICIO CUNHA** é Secretário Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

# Lei nº 14.010 de 10 de junho de 2020 estabelece regime jurídico emergencial no período da pandemia do Coronavírus (COVID-19)



■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ E ALINE CRUVINEL

**“Ressaltamos a importância e atual necessidade de incentivo e fomento da negociação, acordos específicos e mediação, buscando demonstrar às partes a validade e benefícios da auto composição para resolução dos conflitos, em função dos impasses surgidos em decorrência da crise da COVID-19.”**

**A**pós complicada tramitação no Congresso Nacional, foi promulgada e publicada a Lei nº 14.010 de 10 de junho de 2020 (“Lei nº 14.010/2020”), que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). O Projeto de Lei nº 1.179/2020 (PL 1.179/2020) foi criado com o auxílio de professores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo e protocolado no Senado Federal em 31 de março de 2020 pelo senador Antonio Anastasia (PSD/MG). A Lei difere do projeto original, considerando que diversos artigos foram vetados pelo Presidente da República, especialmente com fundamento no interesse público. De toda forma, a Lei nº 14.010/2020 traz alterações temporárias nas relações jurídicas de direito privado em razão da pandemia.

Avaliamos cada tema abordado pelo PL, em confronto com a Lei nº 14.010/2020, ressaltando que em decorrência dos vetos apresentados, o tema retornará, ainda, ao Congresso Nacional para que os parlamentares deliberem sobre a manutenção ou retirada dos artigos vetados. Independentemente desta situação, a Lei encontra-se em pleno vigor desde a data de publicação.

## **MARCO TEMPORAL**

As normas instituídas pela Lei nº 14.010/2020 terão caráter transitório e emergencial para regular relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19), considerando-se o marco inicial 20 de março de 2020. Tal marco é a data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia. Importante salientar que suspensão da aplicação das normas referidas na Lei não implica sua revogação ou alteração.

## **PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA**

Os prazos prescricionais consideram-se impedidos ou suspensos, conforme o caso, a partir da vigência da Lei até 30 de outubro de 2020. A regra se aplica igualmente à decadência, conforme ressalva prevista no art. 207 do Código Civil. As regras do RJET não atingiram aquelas hipóteses específicas de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais previstas no ordenamento jurídico nacional.

## **ASSEMBLÉIA POR MEIOS ELETRÔNICOS**

O art. 4º que restringia a realização de assembleias foi vetado pelo Presidente. Contudo, restou publicado o art. 5º que informa que as assembleias podem ser realizadas por meio eletrônico independentemente de previsão nos atos constitutivos da pessoa jurídica. O veto, na prática, torna a norma em sintonia com outra que já havia sido publicada pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (“DREI”), que havia divulgado a Instrução

Normativa DREI nº 79/2020 (“IN 79/2020”), que dispõe e regulamenta a participação e votação a distância em reuniões e assembleias de sociedades anônimas fechadas, limitadas e cooperativas.

O artigo vetado determinada que devem ser observadas as restrições à realização de reuniões e assembleias presenciais, observadas as determinações sanitárias das autoridades locais. Na prática a previsão era redundante, dado que as próprias normas estaduais e municipais já estão realizando tal vedação, além da possibilidade de votação e assembleias à distância mencionada acima.

## REVISÃO E RESCISÃO DOS CONTRATOS (VETADO)

Foi vetado todo o capítulo da resolução e revisão dos contratos de Direito Privado.

Foi vetada disposição que determinada que as consequências decorrentes da pandemia do Coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil (O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado), não terão efeitos jurídicos retroativos (art. 6º). Também foi vetado artigo que determinava que não seriam considerados fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos artigos do Código Civil que estabelecem a revisão do contrato por onerosidade excessiva o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário (art. 7º). E ainda, estabelecia que o Código do Consumidor – CDC e a Lei de Locações não se submeteriam a essas regras.

As razões do veto apontaram que “o ordenamento jurídico brasileiro já dispõe de mecanismos apropriados para modulação das obrigações contratuais em situações excepcionais, tais como os institutos da força maior e do caso fortuito e teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva.”

## RELAÇÕES DE CONSUMO

Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do direito de arrependimento em 7 (sete) dias, estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, na hipótese de produto ou serviço adquirido por entrega domiciliar (*delivery*). Ou seja, o direito de arrependimento relativo às compras realizadas de forma não presencial, fica suspenso até 30 de outubro de 2020 para casos de *delivery* de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.

## LOCAÇÕES DE IMÓVEIS URBANOS (VETADO)

O art. 9º previa que não seria concedida liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo até 31 de dezembro de 2020. A regra se aplicaria apenas às ações ajuizadas a partir de 20 de março de 2020. O veto fundamentou-se na busca pelo equilíbrio entre os direitos do credor e do devedor – dado que haveria despejo no caso de dívida e não por mera vontade do dono do imóvel. Segundo as razões do veto, a “propositura legislativa, ao vedar a concessão de

liminar nas ações de despejo, contraria o interesse público por suspender um dos instrumentos de coerção ao pagamento das obrigações pactuadas na avença de locação (o despejo), por um prazo substancialmente longo, dando-se, portanto, proteção excessiva ao devedor em detrimento do credor, além de promover o incentivo ao inadimplemento e em desconsideração da realidade de diversos locadores que dependem do recebimento de alugueis como forma complementar ou, até mesmo, exclusiva de renda para o sustento próprio.”. Ademais, segundo diversas decisões judiciais já passadas, verificamos que na prática está ocorrendo uma busca por composição e acordos, o que certamente é mais produtivo aos envolvidos.

## **USUCAPIÃO**

Suspendem-se os prazos de aquisição para a propriedade imobiliária ou mobiliária, nas diversas espécies de usucapião, até 30 de outubro de 2020. A regra, na prática, se sintoniza com a anterior, sobre prescrição e decadência.

## **RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO SÍNDICO EM CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS (VETADO)**

Tema polêmico e controverso, o art. 11 da norma outorgava poderes excepcionais aos síndicos para restringir o uso de áreas comuns e para proibir festas, inclusive nas áreas de propriedade exclusiva dos condôminos. Vale ressaltar, contudo, que desde o início da quarentena, na prática, observou-se o fechamento de áreas comuns nos edifícios, já realizados pelos síndicos e administradores – medida consensualmente realizada (ainda que com reclamações).

A norma previa que, em caráter emergencial, o síndico poderia (i) restringir a utilização das áreas comuns para evitar a contaminação do Coronavírus, respeitado o acesso à propriedade exclusiva e (ii) restringir ou proibir a realização de reuniões, festividades, uso dos abrigos de veículos por terceiros, inclusive nas áreas de propriedade exclusiva dos condôminos, como medida provisoriamente necessária para evitar a propagação do Covid-19, vedada qualquer restrição ao uso exclusivo pelos condôminos e pelo possuidor direto de cada unidade. Havia a ressalva de não aplicação da regra para casos de atendimento médico, obras de natureza estrutural ou a realização de benfeitorias necessárias.

Nas razões do veto, ficou assentado que a proposta legislativa, “ao conceder poderes excepcionais para os síndicos suspenderem o uso de áreas comuns e particulares, retira a autonomia e a necessidade das deliberações por assembleia, em conformidade com seus estatutos, limitando a vontade coletiva dos condôminos”. Sem prejuízo, destacamos que sempre há possibilidade de criação consensual de regras pelos próprios condôminos.

## **ASSEMBLÉIAS EM CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS**

Assim como autorizado para pessoas jurídicas, aos Condomínios Edilícios foi autorizado que a Assembleia condominial e a respectiva votação podem ocorrer,

em caráter emergencial, por meios virtuais, caso em que a manifestação de vontade de cada condômino por esse meio será equiparada, para todos os efeitos jurídicos, à sua assinatura presencial. É obrigatória, sob pena de destituição do síndico, a prestação de contas regular de seus atos de administração.

### REGIME CONCORRENCIAL

Além de mudanças temporárias, fica suspensa a aplicação de determinados pontos da Lei Antitruste, até 31 de outubro de 2020, no tocante à caracterização de infração da ordem econômica, relacionada aos seguintes atos: (i) vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; (ii) cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada. As demais infrações da lei praticadas a partir de 20 de março de 2020 serão apreciadas pelo órgão competente levando em conta o cenário extraordinário decorrentes da pandemia do Coronavírus. Vale destacar que no histórico de investigações do CADE não há referência a condenação por quaisquer dessas duas práticas, em passado recente – especialmente pela dificuldade de demonstração e provas.

### DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Estabeleceu-se determinação de que a prisão civil por dívida alimentícia deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações. Para a instauração do processo de inventário e de partilha, o prazo de do Código de Processo Civil, relativamente às sucessões abertas a partir de 1º de fevereiro de 2020, ficará suspenso a partir da vigência desta Lei até 30 de outubro de 2020.

### DIRETRIZES DE MOBILIDADE URBANA (VETADO)

Foi vetado todo o capítulo das diretrizes da política nacional de mobilidade urbana.

A regra dos artigos 17 e 18 – vetados – afetava especialmente os aplicativos, de entrega e transporte, ao determinar a redução em ao menos 15% (quinze por cento) da taxa cobrada dos motoristas pelos aplicativos de transporte e serviços de táxi e de serviços de entrega (*delivery*), inclusive por aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede, de comidas, alimentos, remédios e congêneres.

Na prática, a norma buscava artificialmente aumentar a remuneração dos motoristas e entregadores e, segundo razões de veto, viola “o princípio constitucional da livre iniciativa” e “contrariam o interesse público, pois provocam efeitos nocivos sobre o livre funcionamento dos mercados afetados pelo projeto bem mais duradouros que a vigência da medida gerando, por consequência, impactos nocivos à concorrência, prejudicando os usuários dos serviços de aplicativos, além de produzir incentivos para a prática de condutas colusivas entre empresas, uma vez que estabelece uma forma de restrição ou controle de preços praticados aos usuários”.

A pedido do Ministério da Infraestrutura foi vetado, também, o art. 19, que alocava ao Conselho Nacional de Trânsito (Contran) a possibilidade de editar normas que prevejam medidas excepcionais de flexibilização do cumprimento do disposto no Código de Trânsito, sobre transportes. O fundamento do veto esta na violação do princípio da interdependência e harmonia entre os poderes, pois estaria o Poder Legislativo determinando que o Executivo exerça função que lhe incumbe (segundo inclusive jurisprudência citada).

## LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A aplicação das sanções administrativas, previstas nos arts. 52, 53 e 54 da LGPD, só passa a valer a partir de agosto de 2021, de modo a não onerar as empresas em face das enormes dificuldades técnicas econômicas advindas da pandemia.

Assim, a LGPD entrará em vigor no dia 3 de maio de 2021 (para tudo o que não for relacionado à Autoridade Nacional ANPD – que já está vigente e para sanções administrativas), e os artigos relacionados à aplicação de multas e sanções administrativas terão vigência a partir de 1º de agosto de 2021. Mas certamente poderá ocorrer alguma modificação a depender do resultado das deliberações e votação da MP nº 959/2020 (ou mesmo caso ela perca validade). Caso venha a “caducar” no dia 28/08/2020, voltará a ter sua vigência definida em 16/08/2020.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante o novo regramento, é sempre importante conceituar devidamente os institutos do “caso fortuito” e “força maior”. Segundo pontual referência, “caso fortuito é o evento proveniente de ato humano, imprevisível e inevitável, que impede o cumprimento de uma obrigação, tais como greve, guerra, dentre outros. Não se confunde com força maior, que é um evento previsível ou imprevisível, porém inevitável, decorrente das forças da natureza.” (Nota Técnica Jurídica nº 2 da FIEMG – 1º de julho de 2020).

Ressaltamos, ainda, a importância e atual necessidade de incentivo e fomento da negociação, acordos específicos e mediação, buscando demonstrar às partes a validade e benefícios da auto composição para resolução dos conflitos, em função dos impasses surgidos em decorrência da crise da COVID-19. 



ARQUIVO PESSOAL

**LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ** é Advogado e Consultor em São Paulo, Brasil. Sócio de Cruz & Creuz Advogados. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2019); Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne – Califórnia (2018); Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP (2010); Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – USP (2010); Pós-graduado em Direito Societário – LLM – Direito Societário, do INSPER (São Paulo) (2005); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.



ARQUIVO PESSOAL

**ALINE CRUVINEL** é Advogada em São Paulo. Advogada Associada de Cruz & Creuz Advogados. Pós-Graduada em Direito Corporativo e Compliance pela Faculdade Escola Paulista de Direito – EPD; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.



# O desafio de garantir a segurança jurídica no atual contexto

■ POR RENATO SCARDOA E MARIA FABIANA SEOANE DOMINGUEZ SANT'ANA

**“Se a Constituição garante determinados direitos sociais aos cidadãos e se o Estado Brasileiro reconhece que estamos em estado de calamidade pública, cabe a toda a sociedade arcar com esta conta através do recolhimento dos tributos. Se a atual carga tributária é excessiva e regressiva e o custo do Estado é demasiado, cabe aos integrantes do Governo e do Congresso Nacional enfrentarem estes problemas sem impor injustamente os ônus a determinada parcela da população e criar benefícios a quem não deveria.”**

Situações como a que estamos vivendo em razão da pandemia causada pelo Covid-19 devem ser encaradas como um desafio para o Brasil demonstrar que é, verdadeiramente, um Estado de Direito, ou seja, baseado em regras e princípios, previstos em lei e até mesmo na Constituição Federal, e que tais princípios e regras deverão prevalecer mesmo em situações atípicas, afinal, é no próprio sistema que devemos encontrar as saídas para as nossas mazelas e não fora dele.

Estamos no momento de demonstrar aos nossos cidadãos, pessoas comuns e empreendedores, bem como a investidores, nacionais e estrangeiros, que já manifestam desânimo em realizar os tão necessários investimentos, que não vivemos em um estado de exceção e que existe segurança jurídica no Brasil, pois depende-se dela para que antigos contratos sejam livremente repactuados e que futuros negócios sejam celebrados, dando origem a novos empreendimentos e empregos, tudo isso viabilizado em um ambiente estável de concessão de crédito.

Mais do que palavras ao vento, a segurança jurídica tem guarida no princípio da legalidade, bem como na preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada previstos no artigo 5º da Constituição Federal e protegidos como cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, e, mesmo no interesse de se tentar assegurar os igualmente importantes e constitucionais direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição Federal ou de mitigar os impactos decorrentes da pandemia causada pelo Covid-19, legisladores e por juízes não poderiam atropelá-los.

Infelizmente não é o que se vê acontecendo.

Não são raras as recentes situações em que juízes decidem por matérias que extrapolam a sua competência, como por exemplo, nos casos em que o juízo da recuperação judicial suspende a cobrança da taxa de energia da recuperanda, mesmo quando tal crédito não estiver sujeito a este procedimento; ou reconhecem direitos em afronta a disposições legais expressas, como vem ocorrendo na recepção dos pedidos de recuperação judicial por associações, não incluídas nos critérios subjetivos legais; ou com as revisões de planos judiciais já aprovados em assembleia (ato jurídico perfeito) e homologados em juízo (coisa julgada), tudo sob justificativa de obediência à Recomendação n. 63 do CNJ, de constitucionalidade questionável.

Sem contar os casos em que são proferidas decisões judiciais, permitindo a revisão e extinção de negócios jurídicos e a suspensão de obrigações contratuais, sem que sejam obedecidos os critérios claros e bem definidos no artigo 478 do Código Civil que permite a resolução de contratos de longa duração para os casos de onerosidade excessiva, bem como no art. 317, que prevê a possibilidade de revisão contratual calcada na busca do reequilíbrio da relação entre as partes. Ambos os artigos já tiveram a sua interpretação pacificada pela nossa jurisprudência ao longo dos anos, mas parecem ser ignorados pelas novas decisões.

Na mesma toada do crescimento do ativismo judicial, seguem as propostas intervencionistas do legislativo com os então chamados projetos de lei emergenciais.

Dentre os inúmeros projetos intervencionistas apresentados, destacamos o PL 1112/2020 que pretende reduzir em 30% o valor dos aluguéis e impossibilitar o proprietário de cobrar juros e multa por atraso de pagamento, além de não poder retomar seu imóvel, pouco importando se estão atendidos os critérios de revisão e extinção contratual previstos em lei ou, se até mesmo este proprietário utiliza

esta renda para a sua subsistência ou então para honrar compromissos financeiros assumidos com outros brasileiros, o que poderia gerar uma enxurrada de inadimplementos em efeito cascata. Sem contar no efeito danoso subsequente aos cidadãos brasileiros que pretenderem alugar um imóvel e verificarem que aumento nos preços dos aluguéis, em decorrência deste novo custo imposto aos proprietários.

Na Câmara dos Deputados tramitam o PL nº 1119/20 e o PL nº 1108/20, o primeiro prevê a redução de 30% dos valores das mensalidades escolares e o segundo obriga a “renegociação” direta entre as partes, prevendo a redução das mensalidades em faixas predeterminadas, mas proíbe a redução de salários. Na mesma linha há o PL nº 1163/20 do Senado Federal, tendência legislativa verificada nos Estados do Pará, Rio de Janeiro, Paraná, Minas Gerais, Pernambuco e no Distrito Federal. Se de um lado, as escolas mais eficientes, que remuneram melhor seus profissionais e oferecem mensalidades reduzidas, correrão o risco de fechar as portas e, de outro, os pais de alunos que não tiverem redução na sua renda, serão beneficiados mesmo quando não deveriam.

É um festival de cumprimentos com o chapéu alheio, afinal o bolso do próximo é sempre mais generoso.

Se a Constituição garante determinados direitos sociais aos cidadãos e se o Estado Brasileiro reconhece que estamos em estado de calamidade pública, cabe a toda a sociedade arcar com esta conta através do recolhimento dos tributos. Se a atual carga tributária é excessiva e regressiva e o custo do Estado é demasiado, cabe aos integrantes do Governo e do Congresso Nacional enfrentarem estes problemas sem impor injustamente os ônus a determinada parcela da população e criar benefícios a quem não deveria.

Por fim, até mesmo o bem elaborado PL 1397/2020, que institui medidas emergenciais e de caráter transitório na legislação falimentar, recém aprovado pela Câmara dos Deputados, também merece maior reflexão, afinal, de acordo este PL, empresas em recuperação judicial e que já tenham tido seus planos aprovados pelos credores poderão apresentar novos planos de pagamento incluindo créditos posteriores ao pedido e, ainda, não terão que cumprir as obrigações previstas nos planos já homologados por 120 dias, o que nos parece uma afronta ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido dos credores.

Por mais nobres que sejam os motivos e por melhores que sejam as intenções, o ativismo judicial e as propostas intervencionistas, sob o aspecto jurídico, são constitucionalmente questionáveis e, sob o aspecto econômico, podem gerar distorções e prejuízos ainda maiores ao imporem a uma parcela isolada da população o injusto ônus de arcar com as consequências da pandemia, quando este ônus deveria ser suportado por todos, além de gerar um desestímulo para a realização de novos negócios e para a vinda de investimentos estrangeiros, colocando em risco a retomada da atividade econômica e a geração de novos empregos e, assim, prolongando a saída da crise. ❏

ARQUIVO PESSOAL



**RENATO SCARDOA** é doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Internacionais. Sócio responsável pela área de Estruturação de Negócios e Reestruturação de Empresas de Franco Advogados.

ARQUIVO PESSOAL



**MARIA FABIANA SEOANE DOMINGUEZ SANT'ANA** é doutoranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial. Consultora da área de PG Law.

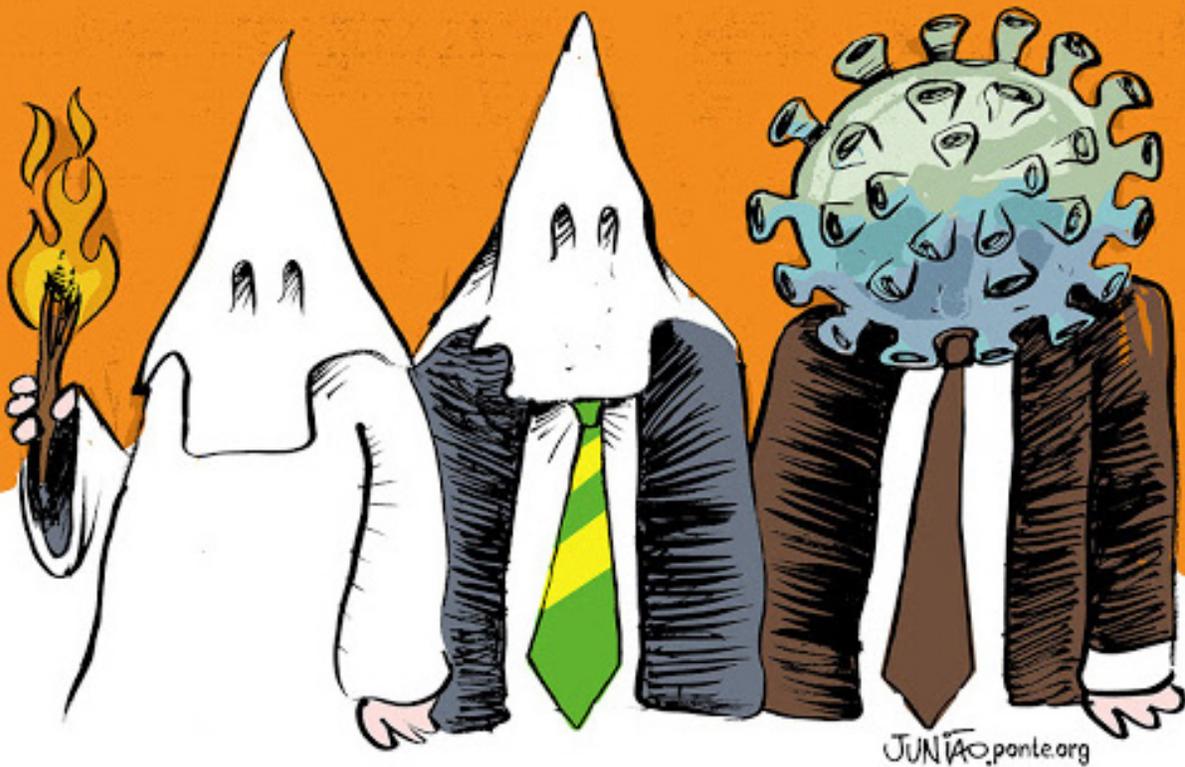
# A intransigência da retórica liberal

■ POR LUIZ GUILHERME PIVA

**“A pandemia segue matando, pela doença e pelo desamparo econômico e social, milhares de brasileiros.”**

A pandemia da Covid-19 está agravando o já alarmante quadro brasileiro, de mais de 12 milhões de desempregados, de 40 milhões de trabalhadores informais, de 6.000 mortes anuais por fome, de 5 milhões de desnutridos e de 24 milhões vivendo em extrema pobreza.

Além disso, milhares de pequenas e médias empresas estão fechando e boa parte das grandes, quebrando ou entrando em recuperação judicial, com perda de produção e riqueza.



Antes da pandemia, os economistas liberais ortodoxos já se posicionavam, por princípio, contrariamente a ações públicas. Isso porque creem que a obtenção de superávits primários é a panaceia que infunde confiança nos atores privados e os faz agir para suprir as necessidades sociais de investimentos, bens e serviços – daí a pregação pelo Estado mínimo.

Com a destruição vinda com a pandemia, tendo surgido proposições de atuação governamental, até com apoio de economistas liberais, muitos deles, não obstante, reiteraram sua resistência. Faz sentido. Vários dos economistas dessa linha acreditam que, frente a um problema complexo, se ninguém fizer nada, tudo dará certo.

Tal resistência abriga o que o economista Albert Hirschman (1915-2012) denominou retórica da intransigência, associada à aversão a mudanças.

Ela contém três teses: a da futilidade, segundo a qual tentativas de promover mudanças são inúteis (porque – no caso aqui tratado – o mercado é quem traria a solução estrutural); a da perversidade, que advoga que elas só agravam o quadro existente (no nosso quadro, piorariam o desemprego, a miséria e a desigualdade); e a da ameaça, que esgrima que o custo de mudanças é elevado e compromete conquistas já havidas (no caso em tela, os gastos públicos arruinariam o ajuste fiscal, entornando o remédio e seus benefícios).

O debate econômico acerca da linhagem liberal é rico, e há nuances importantes dentro dela, mesmo no cenário brasileiro atual. Mas, em momentos trágicos como o que vivemos, não se entende que muitos de seus membros, mais ortodoxos, questionem a validade de políticas públicas ativas nos campos social e econômico.

Pode-se discutir acerca do alcance da injeção de recursos: a gradação vai desde a escolha de regiões, setores e públicos-alvo até a distribuição irrestrita, que o heterodoxo Nobel de economia Paul Krugman defende e chama de *helicopter money* – imagem, aliás, lançada, com viés mais crítico, em 1969, pelo ultraliberal, e também Nobel de economia, Milton Friedman (1912-2006). Mas neste momento não cabe o discurso da futilidade, da perversidade e da ameaça que muitos liberais ortodoxos têm emitido.

E o fazem com alarido, o que cria um paradoxo com o conceito, do mesmo Hirschman, de *voice* (voz), contraposto ao de *exit* (saída). Enquanto esta é a recusa silenciosa, e predominantemente individual, a um produto ou a uma política, aquela se faz pela manifestação ruidosa e coletiva em prol de mudanças e de quebra de padrões.

E o que temos por aqui é, contraditoriamente, a retórica barulhenta de um grupo de economistas ortodoxos que escrevem, palestram e dão entrevistas altissonantes contra ações mudancistas e em defesa da inércia conservadora.

Enquanto isso, a pandemia segue matando, pela doença e pelo desamparo econômico e social, milhares de brasileiros. 



**LUIZ GUILHERME PIVA** é Economista (UFJF), com Mestrado (UFMG) e Doutorado (USP) em Ciência Política. Publicou “Ladrihadores e semeadores” (Editora 34) e “A miséria da economia e da política” (Manole).

*Ricardo Pereira de  
Freitas Guimarães*



# Homem, sonhos e o trabalho: reflexões sobre um futuro próximo

**O** homem, seja pela perspectiva do criacionismo ou do evolucionismo, sempre teve um relacionamento necessário e direto com o trabalho. Num primeiro momento, trabalhar tinha um significado mais latente em relação a própria necessidade de sobrevivência (homem enquanto caçador-coletor). Em momento posterior, após às primeiras conquistas territoriais de além mar, o humano percebeu que seu domínio poderia ultrapassar a barreira dos animais e plantas, ou seja, observando as abissais diferenças culturais e do próprio conhecimento entre os conquistadores e os conquistados (humanos nos continentes), passou a exercer o domínio sobre o próprio homem, momento em que vivenciamos a pior das relações “humanas”, a relação de fidalguia e escravidão. Aqui, o domínio do humano através do açoitamento, dos escambos enganosos criou a insaciável vontade da competição plena pelo ter mais.

Instalaram-se ainda, em diversas partes do mundo, regimes de viés político e até filosófico que também se apropriaram do humano e de sua força de trabalho – quando não da sua própria vida – como o regime comunista que se caracteriza pela obediência a um partido ou a um sindicato (representados por Marx, Stalin e Trótski), e ainda, o fascismo de Mussolini que se caracterizou

pela valorização da raça e da nação em detrimento do humano e suas vontades individualmente avaliadas.

Ambos regimes, claramente fracassados, tinham na forma ditatorial de um a ideia do todo, buscando num único líder e ditador um suposto sentido para o desenvolvimento e a igualdade, o que evidentemente sempre foi uma aldrabice. Noutras palavras, tais movimentos criaram um “ideal imaginário” para seus respectivos povos, contudo as reais intenções eram do domínio do humano pelo domínio, inclusive no que se refere ao trabalho forçado para muitos, enquanto poucos se regozijavam no embuste criado.

Enquanto tais fatos ocorriam, em terras distantes nasce um movimento de natureza mais liberal, que diga-se de plano, também se alimenta – e não em raras vezes – de excessos, ao não reconhecer a dificuldade dos tons de igualdade e de vontade individual que prega, muitas vezes recebendo o substantivo “ultra” pelo extremismo em certos posicionamentos.

Dentro de todo esse contexto, países, ou melhor Estados, adotaram determinados caminhos de condução de sua própria manutenção e alteração do caminho a ser realizado. Uma dessas formas se denomina democracia, que nada mais é que a participação direta do povo como soberano de um governo e no sentido político, a possibilidade de um povo eleger seus dirigentes. Perceba-se que o regime democrático talvez seja o primeiro alento aparente quanto ao domínio até então existente da raça humana por outro da raça humana, não obstante não tenhamos ainda alcançado o limite mínimo de democracia sustentável no regime capitalista democrático, sobretudo nas relações de trabalho, tendo em vista que a dominação citada escapou de uma relação direta de percepção para todos – como na escravidão – trasmutando-se sob uma nova ótica em aparência – muitas vezes – de igualdade não existente, tendo em vista dois fatores, a saber: a busca desenfreada dos homens pelo poder e pelo ter, e de outro lado a dificuldade de acomodação da igualdade com a liberdade, que hoje são garantias constitucionais no nosso país.

Mas então de que forma se dá o domínio do humano pelo humano hoje?

Nos tempos ditos pós-modernos, como o que vivemos, globalmente acelerado pela tecnologia da informação, inteligência artificial e algoritmos caminhando a passos largos, os movimentos de domínio se direcionam com sutileza quase imperceptível, sobretudo nas relações de trabalho. Uma primeira visão se condensa na necessidade do homem se transformar num “tecno-homem”, sob pena de se designar para seu posto de trabalho uma máquina que fará o trabalho em menos tempo e com maior índice de assertividade.

Esse dito “tecno-homem” recebe todos os mecanismos necessários para o desenvolvimento de seu trabalho à distância, junto com uma pseudo liberdade. Noutras palavras, a agressividade aos músculos do humano enquanto corpo passa a dar lugar à agressividade da meta que esse deve atingir em seu trabalho em qualquer lugar que ele se encontre. O “ideal imaginário” plantado agora como verdade, não trata mais do seguir algum líder, do seguir o cosmos, do seguir um regime, e sim do autorregramento humano no seu trabalho, que possui como pano de fundo muitas vezes, a exigência além de suas forças, pregando que só assim ele terá seu emprego garantido e mais, seus sonhos realizados. Essa combinação se apresenta perigosa aos limites mentais do humano, o que se comprova facilmente pela enxurrada de afastamentos existentes hoje no Brasil em razão de doenças claramente ligadas ao excesso de trabalho.

O humano hoje acaba tendo a falsa sensação de que tudo que ele queira conseguir no trabalho depende só dele, e portanto, acaba muitas vezes tendo de dar a vida ou parte dela, apenas e exclusivamente à suas tarefas laborais, não havendo tempo destinado a qualquer outra atividade de convivência, lazer, religiosa, física, etc. Nesse cenário, na hipótese de ausência de percepção da sociedade ou pelo menos dos eleitos por ela nesse regime que engatinha ainda em relação a democracia, a fotografia do futuro é muito pior.

É possível uma fotografia pior? Qual será o próximo passo?

Após o domínio do humano enquanto “Ser” realizador de seus sonhos, quanto àquilo que o trabalho pode propiciar materialmente falando, nascerá um movimento extremamente perigoso, tal qual o relatado no livro “O círculo”. Grandes empresas certamente montarão – e hoje isso já é um fato-, centros de trabalho em que tudo seja possível ao empregado, com festas, hotéis, restaurantes, ambiente elitizado, contudo algo será cobrado desse empregado. A cobrança será a sua vida de presente para a empresa.

E como isso poderá ocorrer? Bem, acreditamos que pelo que vive a sociedade moderna no que se refere a escândalo atrás de escândalo, principalmente no cenário político, tendo em vista a busca pelo “ter” e pelo “poder”, a única forma que o pós-modernismo apresentará como solução será a ausência de privacidade. A democracia se estenderá da soberania de eleger para a soberania de fiscalizar. Explique-se: Hoje, já sabemos que os instrumentos tecnológicos e produtos como a *Alexa* e nossos celulares são capazes de através de algoritmos que se retroalimentam saber tudo de nossas vidas desde que isso esteja no mundo da internet.

Em futuro bem próximo, sob a égide de evitar fraudes, proteção do patrimônio público, e conhecimento de quem é seu empregado realmente, todos, exatamente todos os movimentos nossos serão filmados e todos, exatamente todas nossas comunicações não serão mais privadas, sob o argumento de que “o segredo é mentira”, ou seja, em nome da transparência, teremos dificuldades em exercer nossas próprias vontades pelo avanço da completa ausência de privacidade. O pensamento será de que apenas a sociedade transparente será capaz de exercer a democracia de modo pleno.

Talvez esse seja até o próprio “slogan” do futuro. No aspecto das relações de trabalho, mas não só, esse futuro próximo é destrutivo, pois irá tirar de forma plena a individualidade, a vontade, ou melhor, arrancará o “eu” e o “ser” das pessoas, seus temores, seus segredos. Sua rede de amigos monitorada; quantas curtidas ou *likes* você deu naquele dia; o que efetivamente aprecia nas redes sociais; em quais projetos da empresa você está efetivamente envolvido e todas as discussões; se você tem ido aos eventos da empresa; se gosta do seu superior; se gosta do seu trabalho; sua relação real com os clientes etc. Sua avaliação será realizada com fundamento nessas informações. Seremos então empregados robôs, tecno-humanos exercendo nosso mister dentro do que os outros querem que sejamos, não sendo o que somos. Atores “*on line*” ou atores “na nuvem”. Tudo isso em troca da realização dos sonhos que o trabalho pode nos propiciar. Mas quem tem sonhos e não pode realizá-los sonha para que mesmo?

Aguardemos as cenas do próximo capítulo. 

---

**RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES** é Advogado, especialista, Mestre e Doutor pela PUC-SP, titular da cadeira 81 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e professor da especialização da PUC-SP (COGEAE) e dos programas de mestrado e doutorado da FADISP-SP.

# Da coparentalidade na reprodução humana assistida e os seus reflexos jurídicos

■ POR CÉSAR DALLABRIDA JUNIOR E VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

**“As questões jurídicas acerca do tema em comento ainda não foram totalmente definidas. No entanto, registra-se que este modelo de família não deve ser esquecido no contexto jurídico, mas amplamente estudado, de forma que seja alcançado e regulado pela legislação, para que o Poder Judiciário possa dirimir as demandas que surgirem de eventuais conflitos com base em princípios como o da dignidade humana, do melhor interesse da criança e da afetividade, que embora possa não existir entre os pais, será norteadora da relação destes com o filho gerado e desejado.”**



**A** família é, em regra, a primeira instituição socializadora com a qual o ser humano possui contato ao longo de sua existência e é responsável pelas primeiras experiências e referências de conduta e valores. Considerando a sua importância para a formação do ser social, a família é o organismo que dá origem à sociedade e ao próprio Estado e, em seu conceito estrutural, é uma instituição que pressupõe o acompanhamento e a adaptação à realidade social que, por sua vez, é dinâmica e encontra-se em constante transformação.

No Brasil, o modelo familiar patriarcal foi a estrutura dominante no cenário histórico ao longo dos séculos, cujo declínio apenas se efetuiu com a promulgação da Constituição da República de 1988, que ampliou o conceito de entidade familiar, bem como reconheceu juridicamente as mais diversas estruturas familiares em decorrência da valorização do afeto como fundamento dos vínculos familiares.

Contemporaneamente, com a desvinculação da conjugalidade da parentalidade, bem como em razão da popularização das mídias digitais, passou a ganhar destaque social e jurídico a chamada coparentalidade, configuração familiar composta por duas (ou mais) pessoas que se unem para a concretização de um projeto parental reciprocamente idealizado, sem que, necessariamente, estabeleçam um relacionamento romântico/sexual.

Nesse sentido, a Internet tem sido utilizada como o principal meio para a consecução da coparentalidade, o que proporciona ao instituto amplitude global, bem como o torna vulnerável a possíveis embates jurídicos internacionais, já que, ao contrário dos espaços geográficos, o meio virtual desconhece muitas fronteiras ou limites. Desta forma, o presente trabalho, que se materializa por meio do método teórico, tem como objetivo analisar a coparentalidade em face das técnicas de reprodução humana assistida e os seus reflexos à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da jurisprudência dos tribunais.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A INSTITUIÇÃO FAMÍLIA**

O conceito de família vem se transformando em razão da realidade e das exigências sociais. Nesse contexto, Friedrich Engels (1997) registra que nos primórdios da história, as relações sexuais entre membros do mesmo grupo familiar eram muito comuns, especificamente entre os homens, e que as relações íntimas que ocorriam entre todos os indivíduos membros da tribo denominavam-se endogâmias. (VENOSA, 2013).

Na Babilônia, a família tinha fundação no casamento monogâmico. No entanto, o homem possuía autorização do Estado para ter uma esposa secundária. A título de esclarecimento, registra-se que o marido poderia procurar outra esposa se a primeira não pudesse conceber um filho ou em caso de doença grave. (VENOSA, 2013).

Tanto no direito grego como no romano, o poder do *pater* era exercido sobre a esposa, os filhos e escravos, de maneira praticamente absoluta. O elo afetivo entre os membros da família, por vezes, não possuía grande significado, a exemplo disso, cita-se que, embora um pai amasse a sua filha, não lhe era permitido deixar qualquer bem a mesma. (VENOSA, 2013).

Na Grécia Antiga, a família era designada pelo termo *eístion*, que significa “aquilo que está junto ao fogo sagrado”. De acordo com Fustel de Coulanges, a família nesse cenário era caracterizada como “um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar os mesmos *manes* e oferecer banquete fúnebre aos mesmos antepassados”. Na tradição grega, ainda de acordo com o referido autor, a pessoa que não possuía filhos era condenada à pobreza vindoura diante da inexistência de pessoas que a sustentassem na velhice. (COULANGES, 1996).

Assim, verifica-se que a valorização do afeto nas relações familiares é algo muito atual, uma vez que na Idade Média, até mesmo nas classes mais nobres, o casamento estava longe de ser um relacionamento afetivo e tratava-se apenas de uma união doméstica e patrimonial, de forma que era uma obrigação social e moral que não tinha por fim o prazer. (VENOSA, 2013).

Ademais, até pouco tempo atrás, o nascimento e o afeto não eram considerados alicerces da vida familiar e o que unia os membros de determinado grupo era a religião. Logo, dava-se muito mais ênfase à associação religiosa que aos vínculos naturais. (COULANGES, 1996). Nesse contexto, o matrimônio representava apenas um acordo formal entre o noivo e o pai da noiva, que incluía o pagamento de dote à família da mulher. Além disso, não era necessário o consentimento desta para o casamento, que era tratada como um bem ou uma coisa. (COSTA, 2007).

No Brasil, o Código Civil de 1916 limitava a família ao casamento, impedindo a sua dissolução, bem como trazia conceitos distintos entre membros da família e qualificações discriminatórias às pessoas que tinham filhos extraconjugais. O divórcio só passou a ser permitido com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), com a Emenda Constitucional 9/77 e Lei nº 6.515/1977, que possibilitou o divórcio.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve inúmeras mudanças no Direito de Família, entre elas, a igualdade entre os filhos e o reconhecimento de outras entidades familiares que não àquelas advindas do matrimônio. De acordo com Giselda Hironaka, atualmente, a família pode ser conceituada como um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social. Nesse sentido, independentemente da posição que o indivíduo ocupa na família, o importante é o sentimento de pertencimento ao grupo, a convivência entre os integrantes e a busca do projeto de felicidade. (HIRONAKA, 2015).

Nessa linha de raciocínio, Aline Moreira Brasileiro e Jefferson Calili Ribeiro sustentam que:

com as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, bem como com o distanciamento do modelo patriarcal, novos valores foram sedimentados, permitindo-se assim a valorização das relações humanas, permeadas pelo valor do afeto. O que desencadeou na transição da estrutura nuclear de família para o pluralista, ou seja, sem que houvesse um único modelo taxativo a ser seguido. (BRASILEIRO; RIBEIRO, 2016, p. 4).

Percebe-se, portanto, que a Constituição Federal deu grande ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que permitiu novas configurações familiares, mesmo sem expressa previsão legal, especialmente diante do enfoque

concedido aos princípios da igualdade, da solidariedade e da afetividade. Acerca da temática, Myrna Maria Rodrigues Neves Gomes leciona que:

com a nova realidade da família brasileira, em que houve um rompimento de preconceitos em torno da família, ocorreu uma valoração por parte do legislador e dos aplicadores do Direito, dando ênfase a princípios basilares, como a igualdade e liberdade, para que se busque um novo ideal de família, calcado no afeto e nas realizações pessoais. Os princípios constitucionais servem como embasamento para essas novas formas de entidades familiares, adaptando-se à evolução social e respeitando, especialmente, o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, o da dignidade humana. (GOMES, 2009, p. 9).

Assim, é público e notório que atualmente novas entidades familiares estão surgindo frente ao modelo convencional de família, composto por um homem e uma mulher, unidos pelo casamento, com o fim de gerar filhos. Pouco a pouco, as pessoas começam a compreender que não podem interferir ou julgar a composição familiar dos outros, especialmente as que não se enquadram no padrão heteronormativo, visto que todos os arranjos familiares devem ser reconhecidos em grau de igualdade.

### **A COPARENTALIDADE COMO CONFIGURAÇÃO FAMILIAR**

Muito embora a presente temática tenha ganhando repercussão ultimamente, o conceito de coparentalidade não é tão recente, uma vez que pesquisas indicam que o referido termo é oriundo do inglês *coparenting*, conceito psicanalítico que surgiu nos anos de 1960. É necessário mencionar que a coparentalidade é uma nova modalidade familiar que vem sendo moldada no decorrer dos anos, bem como conquistando diversos adeptos. Basicamente, a coparentalidade é um relacionamento entre duas (ou mais) pessoas que não buscam o amor entre si, mas apenas uma ligação que tem por objetivo a gestação de uma criança, idealizada por ambos e que deverá ser criada de forma compartilhada.

Nessa modalidade familiar, a relação sexual entre os pais é dispensada, visto que o que se deseja é apenas a conquista da parentalidade e não o estabelecimento de um vínculo amoroso. Assim, há duas possibilidades para a concepção da criança: por meio da técnica de reprodução humana assistida de inseminação artificial em laboratório ou clínica especializada ou mediante a inseminação caseira. Na busca pelo parceiro ideal para tal projeto, a Internet tem se mostrado como ferramenta facilitadora de encontros, visto que os futuros pais podem se conhecer em *sites*, fóruns e páginas na rede. Nesse contexto, destacam-se os sítios eletrônicos *MyAlternative Family*, *Coparents*, *Co-Parent Match II*.

Nos Estados Unidos, o *site Modamily* é utilizado por indivíduos solteiros que possuem o interesse em ter filhos e que esperam contar com o auxílio do pai/mãe parceiro(a) apenas para criação da criança, excluindo assim a possibilidade de existência ou manutenção de vínculo afetivo. Na página, os cidadãos preenchem determinadas informações e elaboram um perfil social com foto. Para completar

o cadastro, exige-se que sejam informadas características pessoais, familiares, de estilo de vida e caráter. A procura pelos referidos *sites*, assim como outras redes sociais específicas para o projeto de coparentalidade, tem aumentado desde o ano de 2011. O perfil mais comum dos usuários é composto por mulheres que possuem entre trinta e quarenta e cinco anos e que, por algum motivo, ainda não tiveram filhos.

Conforme citado acima, o procedimento mais comum funciona da seguinte maneira: o indivíduo interessado se cadastra em determinado *site* e cria um perfil *on-line*, informando a sua forma de vida, bem como o que deseja de seu parceiro. Além disso, deixa registrado de que forma pretende conduzir a vida do futuro filho. Nesse contexto, caso a outra pessoa concorde com o exposto no perfil, estas podem iniciar a discussão e a verificação dos diversos aspectos pertinentes e relevantes ao fruto da eventual relação.

Os defensores deste modelo afirmam que a relação entre os parceiros advinda do modelo familiar coparental terá como maior beneficiária a criança fruto deste arranjo. Ademais, para o estabelecimento de regras durante a relação entre os parceiros e para a criação do filho, os parceiros costumam celebrar um acordo. Já os críticos da coparentalidade acreditam que esta trata-se de uma desconfiguração do padrão familiar convencional, uma vez que a consequência de sua aceitação social seria o declínio dos pressupostos de existência de afetividade e de um relacionamento amoroso entre os pais.

Além disso, pontuam o temor de que tais crianças oriundas do projeto de coparentalidade possam sofrer prejuízos nos aspectos emocional e psicológico, em virtude de que a forma como fossem criadas interferiria em sua formação como adultos aptos ao normal convívio social. Por outro lado, verifica-se que este modelo familiar pode possibilitar também o bem-estar das crianças, que não ficariam à mercê de relacionamentos conjugais abusivos e violentos. Apesar dos pais não terem envolvimento sentimental, ambos têm por objetivo realizar um projeto parental idealizado.

Apresentado tal cenário, também é compreensível que em algum momento da criação da criança os pais tenham opiniões diversas, se desentendam ou parem de se ajudar mutuamente. Fatos que também podem ocorrer em uma família tradicional e que levantariam uma série de questionamentos éticos e jurídicos.

## **DA COPARENTALIDADE E O EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL**

Sabe-se que a parentalidade responsável é um princípio previsto no § 7º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, bem como nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e no inciso IV, do art. 1.566, do Código Civil. A parentalidade responsável é a obrigação que os pais têm de prover assistência moral, intelectual, afetiva, material e espiritual aos filhos.

O planejamento familiar encontra fundamento legal nos mesmos dispositivos legais supramencionados, sendo que ambos se encontram associados. A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9.263/1996 proclamam que é livre o planejamento familiar, desde que observados os princípios da parentalidade responsável e da dignidade humana. Logo, os idealizadores do projeto de coparentalidade

também precisam observar tais dispositivos, visto que a criança gerada necessita de muitos cuidados, assistência financeira, moral e intelectual e do convívio com os pais para o seu desenvolvimento sadio.

Parte dos receios entre os aplicadores do direito quando se trata dos projetos coparentais é que estes unem estranhos que não possuem vínculos afetivos e apenas têm um único objetivo de vida em comum: serem pais. Logo, se nos casos envolvendo litígios em matéria de Direito de Família já há grande discussão e desencontro entre a vontade das partes, que comumente possuem um histórico de afetividade e convivência, imagina-se que as desavenças possam ser maiores em relações destituídas de afetividade. Ademais, o projeto parental não escapa às obrigações de prestação de alimentos, pensionamento e direitos sucessórios, advindos do exercício da parentalidade responsável.

Há também a questão da guarda e do exercício do direito de visita. Já que um dos genitores desde o início realizará a visitação apenas. De forma que também poderia ocorrer neste contexto a prática da alienação parental por parte de um dos parceiros, o que muito prejudicaria o desenvolvimento da criança e a sua relação afetiva com os pais, assim como ocorre nos modelos mais tradicionais de constituição familiar.

Nesse sentido, cabe registrar que os autores Van Egeren e Hawkins (2004) entendem que, neste caso, o projeto de parentalidade atingiria um grau de alta destrutibilidade e prejudicaria todos os seus integrantes, isto é, os pais e a criança, de forma que as eventuais disputas em razão do Poder Familiar, da guarda, do direito de visitas e de alimentos devem ser discutidas perante o Poder Judiciário. Apenas a título de complementação, destaca-se aqui o conceito de alienação parental, presente no art. 2º da Lei nº 12.318/2010, que dispõe ser esta:

a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Além disso, sempre em caso de eventual conflito existente entre os idealizadores do projeto coparental, é fundamental que o magistrado entenda pelo melhor interesse da criança, parâmetro já utilizado em casos de disputa pelos filhos advindos de outros modelos familiares.

## **CONCLUSÃO**

É possível inferir desta pesquisa que a coparentalidade como modalidade familiar é resultado da própria dinamicidade das relações sociais e afetivas hoje consolidadas, onde a parentalidade e a conjugalidade, embora sejam temas correlatos, não se encontram necessariamente associados, sendo possível concebê-los de forma discriminada, especialmente diante do direito ao livre planejamento familiar.

O tema é polêmico, tanto doutrinariamente como socialmente, pois a sua constituição e formatação originária desafia os preceitos da ordem familiar

tradicional, à medida em que concebe uma relação familiar entre duas ou mais pessoas com um único ideal: a concretização de um projeto parental, onde a criação e o desenvolvimento da criança gerada são colocados como epicentro da própria instituição familiar.

Neste sentido, embora seja pouco ortodoxa, a coparentalidade não constitui conduta antijurídica ou ilegal, já que, por um lado, possibilita o exercício do direito ao planejamento familiar daqueles que não desejam estabelecer uma relação conjugal e, de outro, respalda-se na divisão equânime de responsabilidades e no exercício ativo dos direitos e deveres parentais, compelindo as partes enquanto idealizadoras do projeto parental ao exercício da parentalidade responsável e ao respeito da dignidade humana dos envolvidos. Como muitas vezes a relação de coparentalidade se forma mediante a comunicação virtual, o assunto pode ficar ainda mais delicado se o projeto familiar for firmado entre pessoas de países distintos, hipótese plenamente possível em virtude da atual sociedade globalizada, e que acarretaria ainda mais dificuldades no estabelecimento de regras e de obrigações advindas do exercício da parentalidade.

Entretanto, há que se ponderar que o tema em comento ainda está em pleno desenvolvimento e discussão e que, em um primeiro momento, apesar dos temores e dos receios que o cercam, possibilita a procriação a muitas pessoas que gostariam de ter filhos, mas não o fazem em razão de que não possuem um parceiro ou diante da constatação de que ainda não encontraram alguém que deseje a paternidade com a mesma intensidade.

Impende, portanto, destacar que as questões jurídicas acerca do tema em comento ainda não foram totalmente definidas. No entanto, registra-se que este modelo de família não deve ser esquecido no contexto jurídico, mas amplamente estudado, de forma que seja alcançado e regulado pela legislação, para que o Poder Judiciário possa dirimir as demandas que surgirem de eventuais conflitos com base em princípios como o da dignidade humana, do melhor interesse da criança e da afetividade, que embora possa não existir entre os pais, será norteadora da relação destes com o filho gerado e desejado. 

## REFERÊNCIAS

- AUGUSTIN, Débora; FRIZZO, Giana Bitencourt. A coparentalidade ao longo do desenvolvimento dos filhos: estabilidade e mudança no 1º e 6º ano de vida. *Revista Interação Psicológica*. Curitiba, v. 19, n. 1, p. 13-24, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/163468/001017260.pdf?sequence=>. Acesso em: 07 out. 2018.
- BÖING, Elisângela. *Relações entre coparentalidade, funcionamento familiar e estímulos parentais em uma perspectiva intergeracional*. 2014. 302f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/128737/328440.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 out. 2018.
- COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CUNHA, Rodrigo da. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Nova revolução na constituição de famílias. *Brasil de Fato*, 2013. Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br/node/13111>. Acesso em: 06 out. 2018.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1991.

- FANTÁSTICO. Comunidade virtual une gente que está atrás de parceiro para ter filho. *G1*, 23 jul. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/07/comunidade-virtual-une-gente-que-esta-atras-de-parceiro-para-ter-filho.html>. Acesso em: 20 jan. 2019.
- GIRARDI, Viviane. *Família contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GOBBI, Shaienne Mattar. *Plausibilidade da Guarda Compartilhada face ao Ordenamento Jurídico brasileiro*. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Vila Velha, Vila Velha, 2003. Disponível em: [http://www.apase.org.br/81010-plausibilidade.htm#\\_ftn21](http://www.apase.org.br/81010-plausibilidade.htm#_ftn21). Acesso em: 07 out. 2018.
- GOMES, Myrna Maria Rodrigues Neves. *As novas entidades familiares: o caminho trilhado para um novo conceito de família*. 2009. 51f. Monografia (Bacharel em Direito) – Coordenação de Ciências Jurídicas, Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, João Pessoa, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HARNACK, Darwinn. Co-Parenting: reflexões acerca do compartilhamento de paternidade ou maternidade. *IBDFam*, 20 jan. 2014. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/938/Co->. Acesso em: 20 jan. 2019.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ROSA, Conrado Paulino. *Curso de direito de família contemporâneo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- SPAGNOL, Débora. *Novos arranjos familiares: a co-parentalidade*. *JusBrasil*, 5 fev. 2016. Disponível em: <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/412146047/novos-arranjos-familiares-a-co-parentalidade>. Acesso em: 07 out. 2018.
- WÜNSCH, Guilherme. *Do suporte fático ao suporte constitucional como fundamento para o desvelar biotecnológico das famílias contemporâneas: os contratos de co-parentalidade nas famílias design entre a estirpe tradicional e a feição internética*. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017. Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6258/Guilherme%20W%C3%BCnsch\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6258/Guilherme%20W%C3%BCnsch_.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 07 out. 2018.
- XIMENES, Rachel Letícia Curcio. Coparentalidade e a nova concepção familiar. *Boletim Notarial e Registral*, ano 2, n. 22, 2016. Disponível em: [www.celsocordeiroadv.com.br/mestri/funcoes/download/downloader.php?](http://www.celsocordeiroadv.com.br/mestri/funcoes/download/downloader.php?). Acesso em: 07 out. 2018.



ARQUIVO PESSOAL

**CÉSAR DALLABRIDA JUNIOR** é Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Advogado; Conciliador no Juizado Especial da Comarca de Campo Mourão/PR.



ARQUIVO PESSOAL

**VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN** é Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UniCesumar); Pesquisadora pelo ICETI; Advogada no Paraná.



## Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida quanto aos casais homoafetivos no registro civil

■ POR ÉVELLY SALVADOR MIRANDA E CLEIDE APARECIDA GOMES R. FERMENTÃO

**“Diante da vedação de recusa por parte do Oficial Registrador, constata-se que conforme a legislação atual relativa à temática, não há espaço para que o preconceito, o discurso do ódio ou o pensamento e a convicção religiosa do Registrador se sobreponham ao reconhecimento dos direitos fundamentais dos casais homossexuais e de sua prole.”**

O tema proposto incita a reflexão sobre a matéria e, principalmente, como deve proceder o operador do direito, no caso, o Registrador Civil das Pessoas Naturais, ao se deparar com o registro de nascimento de bebê nascido através de técnicas de reprodução humana assistida, tendo como pais um casal homoafetivo. Nesse sentido, importante iniciar o estudo abordando o procedimento natural do registro de nascimento, a sua obriga-

toriedade e a sua natureza jurídica de direito fundamental, que faz com que o registrado tenha a sua identificação e a individualização de pessoa no mundo civil.

Dessa forma, no decorrer do trabalho serão abordadas algumas das teorias acerca da condição jurídica do nascituro, bem como da parentalidade responsável e da família homoafetiva, levando em consideração que o tema central da pesquisa é a abordagem das técnicas de reprodução humana assistida entre casais homoafetivos, permitidas desde a Resolução nº 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina (CFM) e com importantes inovações trazida pela Resolução nº 2.168/2017, também do mesmo Conselho, que impediu que o projeto parental desses casais fosse realizado através de inseminação artificial caseira, visto que trazia riscos à mãe e ao bebê.

Embora não haja nenhuma proibição no ordenamento jurídico brasileiro que vede a adoção ou a concepção biológica de crianças por casais homoafetivos, é clarividente que existe uma discriminação velada e, por essa razão, ainda é necessário travar lutas diárias para a aceitação dessas pessoas na sociedade.

O argumento de que uma criança criada por homossexuais possa vir a ter prejuízos em seu desenvolvimento psicológico e social está fadado ao fracasso, uma vez que a realidade é justamente o contrário, já que casais heterossexuais são os que comumente abandonam os seus filhos em abrigos para a adoção, nas ruas como mendigos ou, ainda, os usam para a exploração infantil ou para atividades criminosas.

Assim, em consonância com a Resolução do Conselho Federal de Medicina que regulamenta a matéria no que tange à área da saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, em 2017, o Provimento nº 63, preocupando-se em normatizar o tema e dar diretrizes que possibilitassem o registro de nascimento de bebês nascidos através de reprodução humana assistida, dispensando a intervenção do Judiciário e passando o ato a ser de responsabilidade exclusiva dos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Justifica-se a presente pesquisa pelas crescentes mudanças no âmbito social, as quais exigem alterações na legislação vigente, bem como na forma de lidar com os direitos e as garantias perante o Estado, diante da luta contínua pela visibilidade, pela aceitação e pelo respeito aos homossexuais na sociedade, inclusive quando estes decidem gerar uma vida.

Nessa toada, busca-se garantir que o direito de todo e qualquer ser humano seja respeitado, não se podendo olvidar o direito de constituir família, desmistificando os meios de concepção não naturais, visto que são formas de propiciar o direito à busca pela felicidade de famílias homoafetivas. Além disso, é essencial trazer ao debate o procedimento de registro destas crianças nas serventias extrajudiciais responsáveis.

A pesquisa baseou-se em obras bibliográficas, legislação federal e extravagante, bem como na experiência prática da autora com a atividade notarial e registral, que permitiu perceber as dúvidas constantes na interpretação do tema e operabilidade do registro.

Utilizou-se como método de abordagem o indutivo, com o qual se busca demonstrar que, ao partir de casos pontuais, chegou-se à elaboração do Provimento nº 63, do Conselho Nacional de Justiça, que intenta a regulamentação dos registros de nascimentos em casos de reprodução humana assistida, conforme mencionado anteriormente.

## O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O registro de nascimento tem o condão de declarar a existência da pessoa natural no mundo jurídico. Sendo assim, este é o primeiro contato dela com o Estado brasileiro. Por assim ser, é considerado um dos mais importantes atos praticados pelos Oficiais de Registro Civil e, justamente por inaugurar tal relação, é que o registro de nascimento pode ser entendido como o primeiro degrau na busca pela cidadania, sendo pressuposto básico para o exercício de diversos direitos essenciais à vida digna, bem como à convivência justa e igualitária na sociedade.

Conforme ensinam Vitor Frederico Kümpel e Carla Modina Ferrari:

as informações constantes do assento de nascimento possibilitam a perfeita identificação e individualização da pessoa (especialidade subjetiva), coadunando-se, assim, com o princípio da unitariedade registral, ao garantir que a cada pessoa corresponda um único registro, e que cada pessoa só tenha um registro. (KÜMPEL; FERRARI, 2017, p. 505).

Desta forma, através do registro civil, a pessoa é individualizada na sociedade e passa a fazer parte do agrupamento social, onde todas as suas informações, através do princípio da continuidade registral, constarão naquele termo, a exemplo do casamento, do divórcio, do reconhecimento da paternidade, da incapacidade, do óbito, ou seja, todos os atos relacionados à sua vida civil.

O registro de nascimento é imprescindível para o exercício da cidadania, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Assim, é garantida a gratuidade de registro a todas as pessoas e, com absoluta e irrestrita isonomia, não importando a sua filiação ou a forma de concepção<sup>1</sup>, a fim de que se possibilite o pleno exercício de outros direitos fundamentais, tais como: o direito ao nome, à dignidade e à parentalidade responsável daqueles que configuraram como pais/mães no registro, etc.

Nesse sentido, no que tange ao nome civil, o mesmo traz nada menos que a essência do ser humano, visto que o individualiza no seio familiar e o denomina na sociedade, de forma que esse direito deve ser garantido e tutelado em razão de sua importância, pois é por meio da filiação declarada no ato registral que a criança levará o sobrenome da família a qual pertence e terá dignidade e possibilidade de autodeterminação no mundo jurídico.

A personalidade está relacionada ao direito à identidade da pessoa, sendo uma de suas manifestações o direito ao nome, o qual é abrangido pelo prenome e pelo sobrenome, sendo que a imposição do prenome só se opera com o registro do nascimento. (MIRANDA, 2000).

Tecendo esses breves comentários introdutórios, fica claro que o registro de nascimento é uma obrigação estatal absoluta, ainda que em primeiro momento seja essa responsabilidade delegada à família e à sociedade no que diz respeito a levar o fato ao conhecimento do registrador, em um segundo momento, o verdadeiro obrigado é o Estado, que não só deve fiscalizar este ato, como também delegar a atividade às serventias de Registro Civil das Pessoas Naturais.

## A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO: TEORIAS EXPLICATIVAS

Conceitualmente, nascituro é o ente concebido no ventre materno após a concepção, representada pela fusão do espermatozoide com o óvulo. Nesse sentido, diversas teorias sobre o início da personalidade e da condição jurídica do nascituro foram difundidas, a exemplo da teoria concepcionista, que afirma que a personalidade se inicia na concepção e não no nascimento com vida, o que significa dizer, em suma, que o nascituro é pessoa e, como tal, possui personalidade e todos os direitos correspondentes. (KÜMPEL; FERRARI, 2017).

Em um primeiro momento, os concepcionistas aduzem que no Direito Romano, “segundo o Digesto de Justiano, a paridade do nascituro era um princípio de caráter geral, salvo as exceções de algumas partes do *ius*”. (CATALANO, 1988, p. 10). Conforme explica Sérgio Abdala Semião, a dicotomia no Direito Romano em relação ao reconhecimento ou não da personalidade civil ao nascituro não é desconhecida na doutrina:

manifesta-se assim vacilante, o Direito Romano, quanto ao início da existência da pessoa e da personalidade. Em algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição de que nascesse viável. Em outras ainda, considerava-se a criança não viável como despida de personalidade e finalmente, às vezes, negava-se personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana (SEMIÃO, 2000, p. 46).

Nesse segmento, situam-se como concepcionistas os autores Teixeira de Freitas, Rubens Limongi França, Francisco Amaral dos Santos Neto, Flávio Tartuce, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, entre outros. Seguindo a mesma linha, José Sebastião de Oliveira e Mariana Franco Cruz predizem que:

argumentam os concepcionistas de que a tese de que o Código Civil Brasileiro adotou a teoria natalista não é sustentável a partir da interpretação do referido diploma com a ordem constitucional, que tem como pilar do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana e, como valor condicionante o direito à vida, sendo, portanto, dedutível do art. 2º do CCB a personalidade jurídica do nascituro (OLIVEIRA; CRUZ, 2018, p. 162).

Assim, entendem os concepcionistas que o Código Civil se mostra divergente ao que consta na Constituição Federal de 1988, visto que o primeiro possui por base a teoria natalista, enquanto que esta acenaria para a teoria concepcionista, uma vez que garante a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Os concepcionistas ainda apontam que muitos dos direitos do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, o direito de ser adotado e o direito de ser reconhecido, sendo o nascimento sem vida como a morte para os já nascidos.

Apenas alguns efeitos de certos direitos (direitos patrimoniais como a herança e a doação) é que dependeriam do nascimento com vida, não significando, contudo, a inexistência da condição de pessoa humana. (ALMEIDA, 2003/2004). Lado outro, a teoria natalista nega a condição de pessoa ao nascituro, já que defende o início da personalidade civil com o nascimento com vida, a teor do que preceitua

o art. 2º do Código Civil: “a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida”. (BRASIL, 2002).

Para essa teoria, o nascituro tem apenas mera expectativa de nascer com vida, logo, de ser pessoa e adquirir direitos e contrair obrigações. Para esse pensamento, considera-se o nascituro existente desde a sua concepção, mas apenas para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso. A grande maioria dos civilistas brasileiros é adepta desta teoria, a exemplo de Caio Mario da Silva (PEREIRA, 1997, p. 144-148); Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 2002, p. 35-37); Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 2003, p. 145-147), entre outros.

Ainda, tem-se a teoria da personalidade condicional, que defende que desde a concepção o feto teria personalidade formal, de forma que deveria receber toda a proteção relativa aos seus direitos personalíssimos. No entanto, a personalidade material, relativa aos direitos patrimoniais, encontrar-se-ia sob condição suspensiva, aguardando a efetivação do nascimento com vida. Em suma, para tal teoria, o nascituro tem direitos, mas esses ficam condicionados ao nascimento com vida. (LOPES, 1989).

Dessa forma, o nascituro seria titular de um direito sob condição suspensiva. De acordo com Silmara J. A. Chinelato e Almeida foi a corrente adotada por Clóvis Beviláqua, no art. 3º do Projeto do Código Civil, que dispunha que “a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob condição de nascer com vida”. (ALMEIDA, 2003/2004, p. 92).

Em relação à teoria genético-desenvolvimentista, o início da vida estaria condicionado à verificação de fatores fisiológicos capazes de comprovar a existência da individualidade humana, ou seja, não há indivíduo enquanto inexistir diferenciação entre células e embrião.

Já a teoria da atividade organizada do córtex cerebral defende que o início da personalidade civil ocorre entre a 25ª a 32ª semana de gestação, pois é quando há o início da consciência, que está presente tanto no recém-nascido quanto no adulto. Enquanto que a teoria da potencialidade considera o embrião como pessoa em potencial e que só adquire proteção jurídica no momento que se tornar pessoa.

A teoria do pré-embrião, baseada no relatório Warnock de 1984 (GOLDIM, 1997/2008), estabelece que antes de 14º dia da fecundação não existe ser humano, apenas uma célula progenitora, dotada de capacidade de gerar um ou mais indivíduos da mesma espécie. Em que pese existirem diversas teorias sobre o início da personalidade, em se tratando de Direito Civil brasileiro, pode-se dizer que as três principais são a teoria natalista ou negativista; a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista. (ALMEIDA, 2003/2004).

Embora exista um grande esforço da doutrina concepcionista para estabelecer entendimento diverso, parece claro que o Código Civil atual adotou a teoria natalista, ou seja, o nascituro possui mera expectativa de vir a ser pessoa e, diante disso, lhe são resguardados os direitos pertinentes a esse estágio. Contudo, essa teoria estabelece duas condições para o reconhecimento da personalidade civil: que a criança nasça e que nasça com vida, de modo que seja separada do ventre materno e que consiga obter respiração pulmonar.

Assim, diante desse contexto, será reconhecida a personalidade civil do recém-nascido de forma automática, o que desencadeia uma série de efeitos jurídicos, sendo um deles, a obrigatoriedade do registro de nascimento, documento onde constará o nome e a filiação da criança e que atrairá o vínculo de parentalidade.

## A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL E A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Primeiramente, é importante mencionar que o planejamento familiar está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988. Logo, qualquer pessoa com discernimento completo tem condição necessária para decidir se quer ter filhos ou não; se sim, quantos filhos terá; e se possui condições de criá-los adequadamente e com o mínimo de dignidade. De acordo com Valéria Silva Galdino Cardin:

a parentalidade responsável é um princípio constitucional assegurado no § 7º, do art. 226 da Constituição Federal, nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no inciso IV do art. 1.566 do Código Civil. Pode-se conceituar a parentalidade responsável como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, espiritual, bem como aceitar a orientação sexual dos filhos. (CARDIN, 2015, p. 25).

Nesse entendimento, qualquer cidadão, independentemente do seu estado civil, vida financeira ou orientação sexual, tem o direito de realizar o seu projeto parental livremente, seja por meio de métodos tradicionais ou mediante a utilização de técnicas de reprodução humana assistida. Diante dessa afirmação, mesmo os portadores de necessidades especiais, nos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, possuem direito ao livre planejamento familiar.

Nesse diapasão, tem-se que a interpretação conforme a Constituição vigente deve ser no sentido de assegurar o direito ao planejamento familiar também ao deficiente que esteja plenamente apto a exercer as funções paternas ou maternas e se responsabilize sozinho pela criação e pelo cuidado com sua prole, evitando que as obrigações recaiam sobre a família extensa.

Conforme Valéria Silva Galdino Cardin:

no direito pátrio foi sancionada a Lei nº 9.263 em 12/01/1996 que regulamentou também o planejamento familiar e estabeleceu em seu art. 2º que: "[...] entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulamentação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal". (CARDIN, 2015, p. 20).

Assim, percebe-se que o planejamento familiar é considerado um ato consciente de escolher entre ter ou não ter filhos de acordo com os planos e as expectativas do indivíduo e cada caso dependerá da concepção moral de cada pessoa. Entretanto, necessário é pontuar que os direitos reprodutivos não são absolutos, pois devem respeitar princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da paternidade responsável, considerando que o desejo de ter filhos encontra-se, muitas vezes, relacionado à busca pela felicidade e pela realização do ser humano enquanto pessoa. (SAPKO, 2005).

Inicialmente, é importante esclarecer que apesar da Constituição Federal brasileira ter reconhecido as famílias monoparentais, ela não estimulou a sua criação por meio da reprodução humana assistida, isso porque os princípios nela previstos, como os do planejamento familiar; da parentalidade responsável e da filiação, estão intimamente ligados ao princípio do melhor interesse do menor, que assegura, além do direito à vida e à dignidade, o direito ao convívio familiar.

A inseminação artificial *post mortem* impossibilita o convívio familiar da criança, pois o fará apenas um dos seus genitores, o que pode acarretar prejuízos ao desenvolvimento afetivo e psicológico da mesma. Logo, tal técnica deve ser vista com reservas, pois o direito à filiação, seja através da maternidade convencional ou substitutiva, está acima do direito à procriação, não podendo o desejo de ter filhos se sobrepor aos direitos da personalidade do menor.

Segundo a Resolução nº 2168/2017, do Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, não há qualquer impedimento no ordenamento jurídico pátrio que proíba a utilização da inseminação artificial *post mortem*, desde que haja autorização por escrito do doador do sêmen ou da doadora do óvulo, visto que o tópico 3.6, VIII, da referida Resolução, prevê que é permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (CFM, 2017). No que tange aos casais homoafetivos que decidem usar a técnica de reprodução humana assistida, fundamental é ressaltar que deve ser observado o direito à igualdade sem discriminação, que abrange a livre orientação sexual e é manifestação da própria personalidade da pessoa humana.

Visto que a garantia da liberdade de orientação sexual pelo Estado é pressuposto da dignidade humana, a qual é de vital importância para o pleno gozo dos direitos da personalidade e do exercício da cidadania, incluindo a proteção contra a violência, o direito à saúde, à educação, ao emprego, ao acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão, entre outros.

Sobre o uso das técnicas de reprodução assistida para casais homoafetivos, a referida Resolução permitiu a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade, considerando essa situação quando o embrião obtido a partir da fecundação do(s) ovócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira”. (CFM, 2017).

Dessa maneira, percebe-se que no Brasil já é permitido que casais homoafetivos, e até mesmo a família monoparental, concretizem o projeto parental idealizado por meio dos métodos de reprodução humana assistida. O próprio casamento civil entre homossexuais somente foi regularizado no ano de 2013, através da Resolução nº 175/13, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que vedou a recusa por parte dos Oficiais de Registro Civil à celebração de casamento ou à conversão da união estável em casamento de casais homoafetivos.

No entanto, observamos que ainda existe uma discriminação encoberta sobre o tema, pois muitos alegam que uma criança criada por homossexuais pode vir a ter prejuízos em seu desenvolvimento psicológico e social, o que parece um discurso tanto quanto retrógrado e preconceituoso, sem qualquer embasamento científico, uma vez que não se pode mensurar o amor e a responsabilidade pela régua do gênero.

## **DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A SUA REGULAMENTAÇÃO PELO PROVIMENTO 63 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)**

As técnicas de reprodução humana assistida ganham cada vez mais adeptos, que imbuídos do intento procriatório, delas necessitam para a concretização de

seu idealizado projeto parental. De acordo com as estatísticas, 20% da população mundial é infértil e, conforme estudos, essa infertilidade poderá ser transmitida às futuras gerações. (CRUZ, 2008). Neste sentido, importa tecer breves comentários sobre a evolução história das técnicas de reprodução humana assistida.

Os primeiros experimentos relacionados a tais métodos datam do século XIV, quando os árabes começaram a pesquisar sobre a possibilidade de criação de uma raça de cavalos mais forte. Com isso, as ciências agrônomas aprimoraram os seus estudos e desenvolveram técnicas de reprodução artificial, não só em animais, mas também em plantas, como é o caso dos alimentos transgênicos. (CARDIN, 2015).

Conforme Mônica Sartori Scarparo, “na Espanha, no século XV, Henrique IV e Dona Joana de Portugal também tentaram a concepção de um herdeiro por meios artificiais”. (SCARPARO, 1991, p. 6). Todavia, o primeiro registro de sucesso das técnicas em seres humanos é apenas de 1790, pelo médico inglês John Hunter. Em 1884, o ginecologista americano Pancoast também obteve experiências bem-sucedidas. (CARDIN, 2015).

Em 1910, descobriu-se a possibilidade de conservação do líquido seminal por meio de resfriamento e, em 1944, já era possível a realização da fertilização humana *in vitro*. (SCARPARO, 1991). O primeiro bebê de proveta nasceu em 1978, na Inglaterra e se chama Louise Brown. Já no Brasil, o primeiro bebê de proveta, Anna Paula, nasceu em 1984, em São José dos Pinhas. (CARDIN, 2015).

De acordo com Walsir Edson Rodrigues Junior e Janice Silveira Borges, é possível conceituar RHA como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, “a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando, principalmente, combater a infertilidade e propiciar o nascimento de uma vida humana”. (RODRIGUES JUNIOR; BORGES, 2008, p. 228). Tanto a inseminação artificial como a fertilização *in vitro* podem ser homóloga, quando o pai é aquele que doou o espermatozoide para fecundar o óvulo, ou heteróloga, quando o material genético é estranho às pessoas que o requereram. (CARDIN, 2015).

No Brasil, foi permitida esta técnica aos casais homoafetivos. Assim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), regulamentou a matéria com a edição do Provimento nº 63/2017, que, entre os artigos 16 e 19, tratou especificamente do registro de criança concebida através de técnicas de reprodução humana assistida diretamente no Cartório de Registro Civil, dispensando intervenção judicial:

o provimento beneficiou casais héteros e homossexuais ao dispor determinações específicas para cada um dos casos. Um exemplo é a gestação por substituição, mais conhecida como ‘barriga de aluguel’, em que não pode constar no registro de nascimento do bebê o nome de quem foi a parturiente. (REGISTRO CIVIL, 2018).

Quando o bebê for concebido por reprodução assistida *post mortem*, o cartório exigirá uma autorização prévia da pessoa doadora para uso do material biológico, formalizada através de documento público ou particular, com firma reconhecida. (BRASIL, 2017). No entanto, esse tipo de procedimento não é facultativo ao Registrador, devendo ele realizar o registro desde que os pais estejam munidos com todos os documentos exigidos por lei<sup>2</sup>.

Quando a técnica utilizada tiver sido a doação voluntária de material genético ou de gestação por substituição, além dos documentos já mencionados, também

deverão ser apresentados o termo de compromisso firmado pela doadora temporária do úter, esclarecendo a questão da filiação (art. 17, § 1º, Provimento nº 63 do CNJ) e o termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular, com firma reconhecida. (art. 17, §1º, Provimento nº 63 do CNJ). (BRASIL, 2017).

Ademais, o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida (art. 17, § 3º Provimento nº 63). Dentre as importantes diretrizes ditadas pelo Provimento nº 63 do CNJ, insta mencionar que o art. 16<sup>3</sup>, determina que, comparecendo ambos os pais munidos de toda a documentação exigida, caberá ao Registrador Civil, independentemente de autorização judicial e com observação da legislação vigente, proceder à lavratura do assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida, sendo o seu registro inscrito no Livro A. (BRASIL, 2017).

Contudo, caso os pais sejam casados ou convivam em união estável, comprovando tal fato por meio de certidão de casamento; de certidão de conversão de união estável em casamento; de escritura pública de união estável ou de sentença em que foi reconhecida a união do casal, haverá presunção de filiação, podendo apenas um deles comparecer ao ato de registro. Por outro lado, quando se refere a filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência à distinção quanto à ascendência paterna ou materna, nomeando-os apenas como avós. (BRASIL, 2017).

Portanto, resta claro o anseio do CNJ em regulamentar a questão é propiciar a efetivação de direitos daqueles que desejam ter filhos, ainda que não pelos métodos naturais, de forma que é expressamente vedada a recusa ao registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida pelos oficiais (art. 18). Inclusive, eventual recusa deverá ser comunicada ao juiz competente, para que sejam tomadas as providências disciplinares cabíveis (art. 18, §1º), não se podendo olvidar as normas legais referentes à gratuidade de atos (art. 19). (BRASIL, 2017).

Assim, buscou-se com o referido Provimento desburocratizar o reconhecimento do registro de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida, de forma a garantir que tal direito seja exercido sem a necessidade de ingresso com ação judicial.

## CONCLUSÃO

O ser humano luta pelo seu reconhecimento desde o nascimento, porém, a intensidade dessa batalha é subjetiva e varia de acordo com os anseios de cada pessoa durante toda a sua vida. No caso de casais homoafetivos, estes ainda buscam a garantia de muitos dos direitos concedidos socialmente apenas aos heterossexuais. E, apesar da grande evolução no reconhecimento dos direitos homoafetivos no Brasil nos últimos anos, não é incomum que estes casais ainda se vejam obrigados a ingressar no Judiciário para poder garantir direitos básicos, tais como o de registrar filhos concebidos por meio de técnicas de reprodução humana assistida.

Nesse sentido, e com a constante evolução da sociedade, o Conselho Nacional de Justiça, em consonância com as normas já estabelecidas pelo Conselho Federal

de Medicina, regulamentou o tema e tornou obrigatório o registro de nascimento de crianças concebidas através de técnicas de reprodução humana assistida, inclusive de casais homoafetivos, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, desde que os pais estejam devidamente munidos com os documentos necessários.

Diante disso, a presente pesquisa demonstrou a importância do registro de nascimento como um direito fundamental do ser humano, especialmente das crianças advindas da utilização de técnicas de reprodução humana assistida por casais homossexuais, que possuem o direito ao livre planejamento familiar. Assim, diante da vedação de recusa por parte do Oficial Registrador, constata-se que conforme a legislação atual relativa à temática, não há espaço para que o preconceito, o discurso do ódio ou o pensamento e a convicção religiosa do Registrador se sobreponham ao reconhecimento dos direitos fundamentais dos casais homossexuais e de sua prole.

Ainda, fundamental é verificar que tal reconhecimento é crucial para que estes indivíduos construam sua identidade pessoal e que, quando esse reconhecimento não é eficaz, este provoca graves consequências ao desenvolvimento e à dignidade do ser humano. Além disso, insta consignar que aquele sujeito que não respeita a diferença do outro perde a oportunidade de contribuir para a formação de uma comunidade mais ética, justa e pacífica. 

## NOTAS

- 1 Art. 227 da CF/1988: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”
- 2 Art. 17º I – Declaração de Nascido Vivo (DNV); II – Declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários; III – Certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal. (BRASIL, 2017).
- 3 Art. 16, Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça: “O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento. § 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento. § 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.”

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Bioética e direitos da personalidade do nascituro. *Scientia Iuris*, Londrina. v. 7/8, p. 87-104, 2003/2004. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>. Acesso em: 15 jul. 2018.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. 2017. Acesso em: 08 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Brasília, DF: Presidência da República. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm). Acesso em: 15 jul. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência de República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm). Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 jan. 2017.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Reprodução humana assistida e parentalidade responsável: conflitos e convergências entre os direitos brasileiros e português*. Birigui: Boreal, 2015.
- CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino – Americano (A propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil Brasileiro). *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 7-15, 1988.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Resolução nº 2168, de 21 de setembro de 2017*. 2017. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acesso em: 8 out. 2018.
- CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS, 2008.
- GOLDIM, José Roberto. Pesquisa em Embriões. *Bioética*, 27 jul. 2008. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/embrpes.htm>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. *Tratado Notarial e Registral*. São Paulo: YK, 2017.
- LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000.
- OLIVEIRA, José Sebastião de; CRUZ, Mariana Franco Cruz. A Tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início da sua personalidade: necessidade de reconstrução do direito brasileiro. In: OLIVEIRA, José Sebastião de; CAPELARI, Elaine Cristina de Moraes; FARIA, Elisângela Cruz. (orgs.). *Tutela jurisdicional dos Direitos da personalidade nas relações familiares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- REGISTRO CIVIL. *Veja como registrar filhos gerados por técnicas de reprodução assistida*. 2018. Disponível em: <https://blogdoregistrocivil.wordpress.com/2018/09/27/veja-como-registrar-filhos-gerados-por-tecnicas-de-reproducao-assistida/>. Acesso em: 04 out. 2018.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização de técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



**ÉVELLY SALVADOR MIRANDA** é Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pós-Graduada em Direito de Família, Sucessões e Previdenciário; Graduada em Direito pela Universidade Vila Velha (UVV); Tabela de Notas e Registradora Civil do Município de Araruna/PR.



**CLEIDE APARECIDA GOMES RODRIGUES FERMENTÃO** é Pós-Doutora e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Especialista em Direito Civil; Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Docente do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora pelo ICETI; Advogada.

# Dos limites bioéticos da reprodução humana assistida em face da multiparentalidade

■ POR VÂNIA ANDREA FACCI VIEIRA E VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

**“Atualmente há a possibilidade de reconhecimento e proteção da família multiparental, mesmo decorrente de técnica de reprodução assistida, os pais biológicos e socioafetivos poderão exercer os direitos parentais em condições de igualdade e de igual forma, a fim de suprir as necessidades da criança, ou seja, promover a sua assistência nas esferas material, moral, afetiva, intelectual, bem como respeitar a sua orientação sexual.”**

**A**s relações familiares e parentais, enquanto fenômenos culturais, moldam-se constantemente para atender às demandas da sociedade. Nesse cenário, a Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um relevante instrumento de proteção e de promoção da entidade familiar, superando o entendimento desta como um núcleo apenas econômico e de reprodução, mas como um espaço plural, livre, igualitário e, sobretudo, afetivo.

Deste modo, a função desempenhada pela família não se resume apenas à concentração do patrimônio nas mãos do *pater famílias*, mas é essencialmente o instrumento capaz de viabilizar a todo os seus membros a busca pela sua felicidade pessoal.



Em razão disso, um dos meios para o alcance da felicidade pessoal se dá por meio da concretização do projeto parental, ou seja, pelo anseio de ter filhos. Todavia, têm-se verificado que grande parte das pessoas se encontram em uma situação desfavorável para tanto, seja pela dificuldade em encontrar um companheiro(a) ou pelo fato de que muitas pessoas encontram dificuldades para serem pais ou são estéreis, sendo que os motivos para tal ocorrência se dão em virtude de idade avançada, da mortalidade de espermatozoides, da poluição, de erros médicos, dos maus hábitos durante a vida, dentre outros.

Desta forma, grande parte das pessoas têm recorrido às técnicas de reprodução humana assistida, que permitiram a procriação sem a necessidade de ato sexual. Porém, o uso desenfreado destas ensejou inúmeros questionamentos e debates bioéticos acerca dos limites para a utilização desta prática. Com a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, foi possível o desenvolvimento de outros princípios existentes no Direito de Família, é o caso do princípio da pluralidade familiar, que viabilizou a existência de entidades familiares diversificadas, bem como garantiu a proteção jurídica a estas, dentre elas, a multiparental, na qual há uma multiplicidade de relações parentais.

A pluralidade nas relações parentais trata-se de um fenômeno que permite a cumulação da paternidade/maternidade biológica em condição de igualdade com a paternidade/maternidade socioafetiva. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou pela possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade, a fim de dirimir eventuais impedimentos, isso porque esta entidade familiar já existia de maneira fática e necessitava de uma melhor proteção jurídica.

Apesar disso, observa-se que o tema ainda é palco de algumas discussões, tendo em vista que ao elaborar a lei, o legislador não considerava a possibilidade de um filho possuir mais de um pai ou mais de uma mãe. Tal dificuldade, associada às questões bioéticas e uma carência legislativa acerca das técnicas de reprodução humana assistida, que muitas vezes são utilizadas de forma leviana, e com um planejamento familiar ineficiente, levantam novos questionamentos, principalmente relacionados à vulnerabilidade do embrião, à destinação de embriões excedentários, aos conflitos positivos ou negativos de parentalidade, dentre outros.

Assim, o artigo em apreço investigará quais as possibilidades de reprodução assistida e a sua aplicação nas entidades familiares multiparentais, bem como os conflitos relacionados a estas relações contemporâneas.

## **DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

A utilização de técnicas de reprodução humana assistida existe desde o período mitológico, quando, de acordo com Sauwen e Hryniewicz (2000), Zeus caiu na Terra e gerou Agstidis hermafrodita, que fora castrado pelos habitantes do Olimpo, os quais enterraram o seu membro. Neste local, cresceu uma amendoeira, que deu frutos, os quais foram colhidos por Nana que, após inserir o fruto em seu ventre, deu à luz à Ates, por quem, posteriormente, Agtidis se apaixonou.

Apesar das inúmeras lendas e mitos, há relatos de que desde o século 5 a.C. os povos gregos contribuíram com pesquisas acerca de embriologia. Mais tarde, já no século XIV, os árabes iniciaram outras técnicas de reprodução ao tentar criar raças de cavalos mais superiores. Já no século XV, houve a tentativa por parte de Henrique VI e D. Joana de Portugal de concepção de um herdeiro utilizando meios artificiais. (SCARPARO, 1991).

As primeiras experiências bem-sucedidas envolvendo a reprodução assistida ocorreram no ano de 1884, com o ginecologista Pancoast (ALDROVANDI; FRANÇA, 2000). No entanto, somente em 1978 é nasceu o primeiro bebê de proveta, fruto da manipulação de gametas pelos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards. (YARAK, 2010).

Com isso, muitos casais que antes eram considerados inférteis conseguiram concretizar o projeto parental idealizado. Ao mesmo tempo, a utilização desta tecnologia ainda enseja a discussão de algumas questões no mundo contemporâneo, tais como: a maternidade de substituição, o congelamento de embriões e a procriação artificial *post mortem*. Da inseminação heteróloga, merecem destaque: a doação de gametas, que remete à paternidade socioafetiva e a inseminação sem o consentimento doador do material genético. (RIBAS, 2008).

Além disso, pode ser conceituada como sendo o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando, principalmente, “combater a infertilidade, propiciando o nascimento de uma nova vida humana”. (RODRIGUES JUNIOR; BORGES, 2008, p. 228). Dentre as técnicas de reprodução humana assistida, as principais são: a inseminação intra-uterina, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides e a transferência de embriões congelados.

Acrescente-se que tanto a fertilização *in vitro* quanto à inseminação intrauterina podem se dar de forma homóloga ou heteróloga, isto é, na primeira, o pai será aquele que doou o espermatozoide para a fecundação da mulher, enquanto que na forma heteróloga, o material genético utilizado é diverso daqueles idealizado no projeto. (CARDIN, 2015).

A inseminação intra-uterina ocorre dentro do organismo feminino, ocasião em que é colhido o sêmen do companheiro, e inserido no útero com o auxílio de um cateter específico. Por outro lado, a fertilização *in vitro* trata-se de uma técnica de manipulação de gametas em laboratório que visa obter embriões de boa qualidade e com maiores chances de se desenvolver (SOUZA; ALVES, 2016). Nesta técnica, o objetivo é facilitar o transporte dos gametas masculinos ao longo do trato feminino sem que estes encontrem obstáculos naturais. (BAYER, 2012b).

Outra técnica utilizada atualmente é a injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Tal procedimento é indicado para casais em que o homem possui uma quantidade pequena de espermatozoides. Nesta técnica, a fertilização ocorrerá em laboratório, ocasião em que o espermatozoide será injetado no óvulo.

Para tanto, tal técnica possui três fases, são elas: a coleta de óvulo/espermatozoide, a fecundação e, por fim, a inserção do óvulo fecundado no útero. Entretanto, é muito comum que antes da inserção do óvulo fecundado, o casal solicitante rompa com os laços afetivos. A partir daí surge um novo conflito, acerca da possibilidade de utilização dos embriões congelados mesmo que a outra parte não concorde. (SOUZA, 2010).

Apesar disso, esta técnica ainda tem sido muito procurada por casais que não podem ter filhos pela via natural, isso porque esta diminui as taxas de aborto e possibilita a gravidez de bebês mais saudáveis. (SOUZA; ALVES, 2016).

A fertilização *in vitro* é o avanço no campo da medicina reprodutiva que visa acelerar o processo de fertilização, pois utiliza a estimulação dos ovários para a obtenção de vários folículos durante o ciclo menstrual. Apesar do sucesso da técnica, eventualmente, há a possibilidade de falhas, que ocorrem devido à falta

de capacidade de penetração dos espermatozoides na membrana do ovócito. (SOUSA, 2016).

Em que pese os incontáveis benefícios do uso das técnicas de reprodução assistida, há uma carência legislativa acerca do assunto, isso porque, atualmente, o tema é regulamentado apenas pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), é o caso da Resolução nº 2168/2017, sendo que, em relação aos embriões excedentários, há a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005).

Além da carência legislativa, outros problemas podem advir do uso indiscriminado destas técnicas, assim como a coisificação do ser humano, a possibilidade de experimentos eugênicos, dentro outros. (CARDIN, 2015). Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 11) explana que:

quando a ciência biológica anuncia processo de inseminação artificial, para proporcionar a gestação sem pressuposto fisiológico das relações sexuais, eclode uma série de implicações jurídicas, tais como, a indagação do status da filiação, a necessidade de autorização da mulher, a anuência do marido, o registro do filho, afora o problema da inseminação contra a vontade de qualquer dos cônjuges, ou a sua realização sem o conhecimento ou declaração da paternidade. Todos estes assuntos têm sido debatidos pelos civilistas em congressos, conferências, monografias, estudos publicados em revistas especializadas.

Tendo em vista que esta tecnologia possibilitou a procriação sem a necessidade de sexo, e em observância ao princípio da dignidade humana, pode-se dizer que foi viabilizado aos casais homoafetivos e as famílias monoparentais a concretização do projeto parental. Isso porque, atualmente, a família não é formada apenas por indivíduos ligados por laços sanguíneos, mas também por laços sociopsicológicos, (GLANTZ, 2005), pela afetividade e pela solidariedade entre os seus membros.

Acrescente-se que o princípio da dignidade humana impõe a aceitação da família plural. Torna-se imprescindível, portanto, “que o Estado reconheça a legitimidade dessas novas estruturas familiares, a fim de que estas não fiquem excluídas do laço social”. (PADILHA, 2017, p. 69).

Diante disso, infere-se que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida apesar de serem benéficas e possibilitarem o planejamento familiar das pessoas de forma mais livre, ainda enseja inúmeras discussões, especialmente em razão da ausência de legislação específica acerca do assunto.

## **DA MULTIPARENTALIDADE COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL**

No início da vida humana, não existia um planejamento familiar, fato que culminava em famílias compostas por um grande número de pessoas. O exercício do planejamento familiar estabelece que o número de filhos, bem como o intervalo das gestações é de livre decisão do casal e está intrinsecamente ligado ao princípio da parentalidade responsável, constitucionalmente previsto no art. 226, bem como nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no art. 1.566 do Código Civil.

Nesse sentido, Dimas Messias de Carvalho explana que o planejamento familiar, além da previsão constitucional, encontra guarida na Lei 9.263/1996, que estabelece que este será garantido por meio de “políticas públicas de orientação

e prevenção, importando penalidades em caso de violação dos direitos assegurados”. (CARVALHO, 2017, p. 105).

A multiparentalidade também ganhou importância após o enaltecimento das uniões homoafetivas, uma vez que muitos indivíduos possuem o desejo de concretizar o projeto parental, contudo, para isso, é necessária a participação de mais uma pessoa do sexo oposto e, muitas vezes, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Diante desta nova realidade, houve a autorização pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o registro da filiação socioafetiva junto ao cartório de Registro Civil (DIAS, 2017, p. 214), tendo em vista que a multiparentalidade sempre existiu de maneira fática e, em razão disso, não há como negar a possibilidade de um indivíduo ter mais de um pai ou mais de uma mãe.

Nesse sentido, Daniela Braga Paiano, (2017, p. 157) consagra as possibilidades para se configurar a existência de uma relação multiparental:

a multiparentalidade surge não só da coexistência da parentalidade socioafetiva com a biológica, mas também da adoção e da inseminação heteróloga por casais homossexuais, adoção à brasileira em que posteriormente se busca a filiação biológica, a filiação advinda da posse do estado de filho (quando o filho de criação, por exemplo, busca o reconhecimento dessa dupla parentalidade).

Por outro lado, doutrinadores como José Fernando Simão entendem que este fenômeno deve ser visto como uma exceção, pois uma pessoa assume as funções maternas e a outra a paterna sem que ocorra a ruptura do vínculo de parentalidade, nos casos onde já houve a ruptura do vínculo conjugal (SIMÃO, 2016). Atualmente, é muito comum que casais homoafetivos recorram às técnicas de reprodução assistida, bem como à utilização de gametas e zigotos de bancos de reprodução humana e ainda à cessão de útero para a procriação. (SOUZA, 2010).

Por conta disso, há o estreitamento das relações familiares, enaltecendo o parentesco socioafetivo. Como observa Souza:

o pai ou a mãe, pela atual orientação doutrinária, não se definem apenas pelos laços biológicos que os unem ao menor, e sim pelo querer externado de ser pai ou mãe, de então assumir, independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres em face da filiação, com a demonstração de afeto e de querer bem ao menor. (SOUZA, 2010, p. 148).

Deste modo, é necessário que se atente para que os interesses da criança sejam resguardados e, ainda, para que não haja danos a sua personalidade, isso porque observa-se o fenômeno da desconstituição familiar e, caso sejam rompidos os vínculos afetivos ou biológicos, o menor possuirá condições de efetivar seus direitos fundamentais e de preservar o seu pleno desenvolvimento. (DIAS; GRAMSTRUPM, 2016).

Christiano Cassetari compartilha da ideia de que a multiparentalidade é a igualdade das parentalidades biológica e socioafetiva e que entre elas não há qualquer hierarquia. (CASSETARI, 2018). O direito de procriar e o de filiação fazem parte da formação da identidade do ser humano e levam em consideração a dignidade humana. E, ainda que de forma artificial, este direito reprodutivo trata-se de um direito fundamental. Assim, independentemente do modo como se origina esta

entidade familiar, é essencial que os princípios do melhor interesse da criança e da parentalidade responsável se sobreponham ao direito à filiação.

## **DAS CONSEQUÊNCIAS BIOÉTICAS DA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA EM FACE DA MULTIPARENTALIDADE**

Hodiernamente, cada vez mais pessoas têm buscado as técnicas de reprodução humana assistida para concretizar o projeto parental idealizado. Entretanto, em razão de uma carência legislativa, muitos debates bioéticos são travados acerca do assunto, cabendo, muitas vezes, ao operador do direito a decisão acerca das questões que originam tais dúvidas. Os principais temas envolvendo a reprodução assistida e a multiparentalidade que merecem atenção são: o arrependimento na concepção do filho, a cessão de útero e os conflitos positivos e negativos de maternidade.

Inicialmente, é importante salientar que dentre os efeitos jurídicos gerados pela multiparentalidade, o primeiro deles ocorre na própria relação de parentesco e, conseqüentemente, na ampliação dos vínculos deste, já que o objetivo é a inclusão no registro de nascimento do pai ou da mãe socioafetiva, permanecendo o nome de ambos os pais biológicos. Ressalta-se que a inclusão de mais de um genitor/genitora no registro de nascimento da criança consagra a formação de todos os vínculos parentais, dos quais resultarão efeitos materiais, sociais, econômicos, afetivos, dentre outros. (VALADARES, 2016).

A reprodução humana assistida, associada ao fenômeno da multiparentalidade, também poderá gerar problemas relacionados aos embriões excedentes, quando utilizado o material genético de um terceiro por exemplo. Isso porque, é extremamente difícil para uma mulher engravidar nas primeiras tentativas de reprodução assistida, o que obriga a fecundação de diversos óvulos para que o casal não colha novamente o material genético. (CARDIN, 2015).

Assim, dentre os embriões obtidos, nem todos são transferidos, seja pela má-formação ou pelo fato de que já foi ultrapassado o número indicado de embriões transferidos. Assim, os embriões excedentes, conforme dispõe a Resolução nº 2168/2017, deverão ser criopreservados e, após 3 anos, poderão ser descartados. Nesse sentido, outro tema ganha destaque: o da vulnerabilidade do embrião fruto do manejo das técnicas de reprodução assistida. Assim, Jussara Maria Leal Meirelles assevera que:

[...] essa manutenção, se, por um lado, ressalta a autonomia vital do novo ser (eis que sobrevive fora do útero), por outro, evidencia a sua vulnerabilidade, passível que está o embrião congelado a uma sobrevida indefinida ou à imediata destruição. (MEIRELLES, 2000, p. 22-23).

Deste conflito resulta o questionamento acerca da utilização ou não dos embriões excedentes quando houver, por exemplo, mais uma pessoa na relação parental, tendo em vista que além dos idealizadores do projeto parental, ainda poderá existir a figura do doador do material genético. Apesar dos inúmeros efeitos gerados, estes devem sempre assegurar o respeito ao princípio da dignidade humana, bem como promover a igualdade entre filhos biológicos e socioafetivos. Além disso, a relação multiparental por ser reconhecida e resguardada pelo Estado, deve ainda garantir sempre o melhor interesse da criança.

Outro conflito advindo da reprodução humana assistida e com grandes chances de ocorrer nas relações multiparentais é o conflito positivo ou negativo de maternidade diante da cessão de útero. Isso porque nesta relação há o casal que deseja a criança, bem como os eventuais doadores de material genético e, ainda, a pessoa que cederá o útero para a gestação da criança.

Em se tratando de um conflito negativo de parentalidade, isto é, na hipótese de a mãe afetiva não possuir mais interesse na criança, a melhor solução é esta permanecer com quem a gestou. Já ao se observar um conflito positivo de parentalidade, isto é, ambas as partes querem a criança após o parto, em regra, a situação era definida da seguinte forma:

quando o material genético não lhe pertencer, deverá ser entregue o bebê aos pais biológicos; quando o material genético for fruto de doação, entende-se que o bebê deverá ficar com os pais que contrataram a cessão temporária do útero; quando o óvulo e o espermatozoide pertencer ao casal, o bebê também deverá ficar com o casal solicitante. (CARDIN; CAMILO, 2009).

Conforme o entendimento de Arnaldo Rizzardo (2004), atualmente, o critério biológico não é o único elemento capaz de definir a parentalidade e por meio da utilização das técnicas de reprodução humana assistida o fundamento da maternidade/paternidade é concebido de uma forma diversa da tradicional. Rodrigo da Cunha Pereira, ao tratar acerca dos modernos vínculos biológicos, compartilha tal pensamento ao expor que:

a simples filiação biológica não é qualquer garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação e, portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais que uma semelhança entre o DNA. (PEREIRA, 2005, p. 215).

Ressalta-se que o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) prevê que os filhos advindos das técnicas de reprodução humana assistida jamais poderão sofrer distinção no momento do assento de seu registro de nascimento, como se observa do art. 17, § 3º, do referido provimento.<sup>1</sup> Além disso, o art. 18 veda aos oficiais registradores a recusa no registro de pessoas concebidas por meios artificiais e viabiliza de forma simplificada o reconhecimento da parentalidade socioafetiva.

Deste modo, infere-se que tal entendimento se estende aos filhos gestados por meio da cessão de útero e, conseqüentemente, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e da pluralidade familiar, àqueles advindos de relações de parentesco multiparentais, ou seja, independentemente de tratar-se de uma relação multiparental oriunda da utilização de técnicas de reprodução assistida, estas crianças não poderão sofrer qualquer distinção ou possuir qualquer ressalva em seu registro de nascimento.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista que atualmente há a possibilidade de reconhecimento e proteção da família multiparental, mesmo decorrente de técnica de reprodução assistida, os pais biológicos e socioafetivos poderão exercer os direitos parentais em condições

de igualdade e de igual forma, a fim de suprir as necessidades da criança, ou seja, promover a sua assistência nas esferas material, moral, afetiva, intelectual, bem como respeitar a sua orientação sexual.

Além disso, com o Provimento nº 63 do CNJ, ficou consagrada a vedação à discriminação e, principalmente, à recusa do registro de nascimento dos filhos oriundos das técnicas de reprodução medicamente assistida, bem como facilitou o reconhecimento das relações parentais socioafetivas. Ainda, considerando o princípio da dignidade humana e da pluralidade familiar, infere-se que tal entendimento deve ser estendido às famílias multiparentais, já que estas contam com proteção jurídica, pois houve um reconhecimento de uma situação fática já existente na sociedade.

Por fim, para a efetivação dos direitos reprodutivos e de filiação, seja biológica ou socioafetiva, é imprescindível que o Estado, por meio de políticas públicas, acompanhe a modificação cultural na sociedade e favoreça a assistência material, moral, afetiva e intelectual, bem como atue no sentido de combater o preconceito e a violência intrafamiliar. 

## NOTA

- 1 § 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida. (CNJ, 2017).

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Karina Azevedo Simões de. Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento. *Jus Brasil*. Disponível em: <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequenciasjuridicas-de-seu-reconhecimento>. Acesso em: 24 jul. 2018.
- ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*, 1 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>. Acesso em: 03 out. 2018.
- BAYER, S. R. Treatment options II: Intrauterine inseminations. In: R. Bayer, M.M. Alper, e A.S. Penzias *The Boston IVF Handbook of infertility*. Informa Healthcare, 2012.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 15 out. 2018
- CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; PIMENTEL, Dândara Domingos Figueiredo Alberoni; CARVALHO, Luiz Guilherme Tinoco Picanço. Conflito de maternidade na cessão temporária do útero. *Lex Magister*. Disponível em: [http://www.codigoslex.com.br/doutrina\\_27154933\\_CONFLITO\\_DE\\_MATERNIDADE\\_NA\\_CESSAO\\_TEMPORARIA\\_DO\\_UTERO.aspx](http://www.codigoslex.com.br/doutrina_27154933_CONFLITO_DE_MATERNIDADE_NA_CESSAO_TEMPORARIA_DO_UTERO.aspx). Acesso em: 06 out. 2018.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. *reprodução humana assistida e parentalidade responsável: conflitos e convergências entre os direitos brasileiro e português*. Birigui, SP: Boreal, 2015.
- \_\_\_\_\_; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: *XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*, 2009, São Paulo. Estado, Globalização e Soberania: o direito do século XXI. Florianópolis: Fundação Bouteux, 2009.
- CARVALHO, Dimas Messias. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CASSETARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Sócioafetiva: efeitos jurídicos. In: VIELRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber (coords.). *Famílias, Psicologia e Direito*. 2. ed. Brasília, DF: Zakarewicz, 2018.
- CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade sócio afetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- DIAS, Maria Berenice. *Filhos do Afeto*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- DIAS, Paulo Cezar; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Multiparentalidade forçada. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 65-80, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/1276>. Acesso em: 27 jul. 2018.
- GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PADILHA, Elisângela. *Novas estruturas familiares: por uma intervenção mínima do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.
- PAIANO, Daniela Braga. *A família atual e as espécies de filiação: da possibilidade jurídica da multiparentalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio Janeiro: Forense, 2010.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- RIBAS, Ângela Mara Piekarski. Aspectos contemporâneos da reprodução assistida. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun. 2008. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2985](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985). Acesso em: 06 out 2018.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.
- SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro": da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização Assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SIMÃO, José Fernando. *Que 2016 venha com as decisões do STF necessárias ao Direito de Família*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-13/2016-venha-decisoes-necessarias-direito-familia>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- SOUSA, Daniela Costa. *Técnicas de Reprodução Humana Assistida para o Tratamento da Infertilidade*. Dissertação (Mestrado em Biologia Celular e Molecular) – Departamento de Biologia, Faculdade de Ciências, Universidade do Porto, 2016. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/90939/2/176252.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.
- SOUSA, Leonardo Lima de. O alcance jurídico do consentimento na reprodução assistida. *Conteúdo Jurídico*, ago. 2002. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-alcance-juridico-do-consentimento-na-reproducao-assistida,26076.html>. Acesso em: 05 out. 2018.
- SOUZA, Karla Keila pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde*, v. 2, n. 1, p. 26-37, jan./jul. 2016. Disponível em: <http://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaCS/article/view/182>. Acesso em: 04 out. 2018.
- SOUZA, Marise Cunha de. Os Casais Homoafetivos e a Possibilidade de Procriação com a Utilização do Gameta de um deles e de Técnicas de Reprodução Assistida. *Revista da EMERJ*, v. 13 n. 52, p. 141-165, 2010. Disponível em: [http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista52/Revista52\\_141.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_141.pdf). Acesso em: 03 out. 2018.
- VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Multiparentalidade e as novas relações parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- YARAK, Aretha. Robert Edwards revolucionou a medicina reprodutiva, dizem médicos. *Revista Veja*, 4 out. 2010. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/robert-edwards-revolucionou-a-medicina-reprodutiva-dizem-medicos/>. Acesso em: 20 maio 2019.



ARQUIVO PESSOAL

**VÂNIA ANDREA FACCI VIEIRA** é Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Oficial Registradora do Serviço de Registro de Imóveis de Sarandi/PR.



ARQUIVO PESSOAL

**VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN** é Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela (PUC-SP); Docente da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Doutorado e Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora pelo Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogada no Paraná.



# O impacto do Covid-19 e as mudanças no planejamento financeiro das famílias brasileiras

■ POR THIAGO HAGUI

“Os dados coletados pelo Serasa reforçam que o planejamento financeiro pessoal para tempos de crise é essencial para que famílias passem por esse período da maneira menos estressante e traumática possível.”

**A** crise sanitária provocada pela pandemia do Covid-19 afetou a saúde e o bolso de milhões de brasileiros. Recente pesquisa realizada pelo Serasa revelou que 89% dos brasileiros tiveram sua renda reduzida devido à crise e às medidas de isolamento social. O cenário revelado demonstra o momento difícil em que a população brasileira está passando, mais especificamente para os que trabalham em pequenas e médias empresas. Além disso, também demonstra que os problemas que ocorrem atualmente se manterão nos próximos meses ou até mesmo nos próximos anos. Ou seja, a reorganização do planejamento financeiro será um dos grandes desafios das famílias no país.

O estudo foi realizado de maneira online com mais de 350 pessoas, entre 18 e 74 anos (55% homens e 45% mulheres), de todas as regiões do Brasil. Dentre os resultados, destaca-se que 73% da população economicamente ativa foi afetada pela pandemia, o que resultou no aumento do desemprego em 5 pontos percentuais em relação ao mesmo período do ano passado – 41% dos entrevistados apontam a pandemia como causa desse aumento do desemprego.

De acordo com a pesquisa, 14% declaram estar desempregados, sendo que a maior parte deles trabalhava em empresas de pequeno e médio porte. Além desse número total, soma-se o fato de que os empregos, e conseqüentemente, a renda perdida, atingem famílias inteiras em mais da metade dos casos.

A pesquisa ainda revela um cenário complexo dentre os entrevistados:

- 70% são responsáveis pelo suporte das contas da casa;
- 54% dos que perderam o emprego ganhavam até 2 salários mínimos;
- 53% afirmam que todos da família perderam renda por causa da crise.

Em relação ao modo como essas famílias têm se organizado financeiramente, a pesquisa revelou um comportamento de priorização dos pagamentos das contas da casa – um comportamento habitual em momentos de crise. Dentre os itens priorizados destaca-se, em ordem decrescente: Alimentação – ocupa o 1º lugar na lista de priorização; seguido pelos gastos com moradia, tais como: energia, gás e água, telefonia (celular); e, por último na lista de priorização, educação.

Cabe uma análise ao fato de que o item educação tenha sido o último colocado na lista de priorização de pagamentos: os dados da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo revelam que no ano de 2020 houve um aumento de 10 vezes na migração de alunos do ensino médio privado para as escolas públicas.

Além de se observar um padrão de como as contas de casa foram priorizadas, a pesquisa revela ainda que 91% dos respondentes pretendem fazer um empréstimo financeiro pessoal como alternativa para manter os pagamentos mínimos das contas. No entanto, cabe uma ressalva: sem emprego e geração de renda, os desempregados conseguirão obter empréstimos apenas sob condições de juros elevados. E caso o cenário econômico não melhore no curto prazo (com a geração de empregos e melhores salários), aqueles que tomarem empréstimos sob condições de juros mais altos farão parte da grande massa de brasileiros endividados com seus CPFs negativados.

Portanto, é possível concluir que os dados coletados pelo Serasa reforçam que o planejamento financeiro pessoal para tempos de crise é essencial para que famílias passem por esse período da maneira menos estressante e traumática possível. Uma alternativa é buscar ajuda profissional através de um planejador financeiro, que é o profissional que possibilita trazer clareza às difíceis questões financeiras – como priorização de contas e alternativas de geração de renda – de maneira prática, objetiva e buscar soluções viáveis de curto, médio e longo prazo. 



ARQUIVO PESSOAL

**THIAGO HAGUI** é planejador financeiro Pessoal na GFAL, engenheiro e pós-graduado em gestão de projetos.

# Tribunal do Júri Virtual

■ POR LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

**“Muitos afirmam que para saber se um país é democrático, há que se verificar sua legislação e, se nela estiver contemplado o Tribunal do Júri, pode-se admitir que ali existe democracia.”**

**D**iante dos desafios impostos ao mundo pela pandemia, afastando as pessoas e interrompendo as atividades humanas, também o funcionamento da Justiça sofreu este impacto. Por esta razão, buscam-se alternativas para viabilizar a prestação jurisdicional, vale dizer, para a Justiça não parar.

Dentre as várias iniciativas, que se utilizam dos recursos tecnológicos disponíveis, verificou-se que muitas delas foram coroadas de pleno êxito, enquanto algumas outras, embora cobertas de boas intenções, não podem ser implantadas, pois representariam um desastre.

Um exemplo disso é a proposta da implantação do chamado Júri Virtual. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é que está examinando esta proposta, para adequar a realização da sessão plenária do Tribunal do Júri, que passaria a acontecer por videoconferência.

O debate se estabeleceu sobre o polêmico ato normativo, que tem a finalidade de autorizar os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais, a adotarem procedimentos para utilização da videoconferência nestes julgamentos, justificando que tudo isto tem razão de ser pelas contingências geradas pelo COVID-19.

Reagindo a isto, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), bem como o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), lançaram uma campanha contra esta proposta, denominada “Pelo Direito de Estar Presente”.

Na mesma linha, o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA), constituiu, por seu presidente, Dr. Carlos José Santos da Silva – Cajé, uma Comissão de Juristas, para examinar o tema, trabalho que resultou em posição contrária à proposta do CNJ, conforme os argumentos a seguir.

A primeira questão que se levanta é sobre a competência do CNJ para regular essa matéria, pois o instituto do Tribunal do Júri está inserido entre os Direitos e Garantias Fundamentais, previstos na Constituição Federal (art. 5º, XXXVIII).

Parece-nos indiscutível que, para se tratar da regulamentação do Tribunal do Júri, há que se ter aprovação legislativa, até porque, qualquer modificação em seu

regramento, repercute diretamente no Princípio da Ampla Defesa, que não pode ser restringido em hipótese alguma. Assim, faltando-lhe competência, tal resolução do CNJ, usurpava função (também constitucional) do Poder Legislativo.

A par da importante questão da competência, há que se verificar que tal proposta toca em direito constitucional, porquanto, em casos de imputação de crime doloso contra a vida, o acusado detém esse direito fundamental de ser julgado pelo Tribunal do Júri, insculpido como cláusula pétrea de nossa Carta Magna. Dessa forma, modificar a liturgia deste julgamento afetaria diretamente este direito.

Tal previsão constitucional estriba-se em vários princípios que a estruturam, tais como o Princípio da Plenitude de Defesa (conceito amplo que inclui, por exemplo, a oratória com todos seus recursos inclusive a expressão corporal do defensor), o Princípio da Soberania dos Vereditos (com a incomunicabilidade dos jurados), dentre outros, de modo que, nenhum destes, pode sofrer qualquer limitação na sua eficácia.

Esta proposta a ser apreciada pelo Conselho Nacional de Justiça afronta princípios constitucionais norteadores do sistema jurídico brasileiro e viola, especialmente, princípios que regem especificamente o Tribunal do Júri, enfim, seria uma violação aos primados da própria Democracia, pois é da essência do Júri a presença física de todos os personagens que dele devem participar.

Muitos afirmam que para saber se um país é democrático, há que se verificar sua legislação e, se nela estiver contemplado o Tribunal do Júri, pode-se admitir que ali existe democracia.

Multiplicam-se argumentos sustentando que a realização de julgamento pelo Tribunal do Júri de modo virtual (não presencial), restringe o Direito à Ampla Defesa. Por outro lado, como já afirmado, também é evidente que a regulamentação do procedimento relativo ao Júri é matéria de lei processual penal, de forma que não pode ser alterada por simples resolução do CNJ, mesmo que sob o argumento de tratar-se de “caso fortuito ou força maior”. Ainda que se justifique com a pandemia do COVID-19, tal fato, emergencial e excepcionalíssimo, não supre a competência que se exige para tratar desta matéria específica.

A suposta adoção de julgamento on-line pelo Tribunal do Júri, para crimes dolosos contra a vida, ofenderia o próprio Estado Democrático de Direito, ainda que a alteração do procedimento jurisdicional tivesse como justificativa, repita-se, a excepcionalidade da pandemia, pois, ainda assim, mutilaria garantias individuais e a própria cidadania.

Quem já trabalhou no Tribunal do Júri, seja como advogado, promotor, juiz, jurado, etc., sabe da importância da presença física de todos os personagens, especialmente do réu, pois, com todos presentes, aumentam as chances de se concretizar a verdadeira e tão almejada Justiça.

O Ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ, reiterando a importância do Júri, afirmou que “o Tribunal do Júri simboliza o elo democrático entre o Poder Judiciário e a comunidade”. Isto, reafirmamos, é verdade, com a ressalva que este “elo democrático” não é virtual, mas físico, humano e material, de modo que a proposta do Júri Virtual, a nosso ver, deve ser sepultada definitivamente, para o bem da Democracia, da Justiça e da Cidadania!



**LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO** é Advogado Criminalista, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP, Presidente da OAB/SP por três gestões (2004/2012), Presidente de Honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), Presidente de Honra da Academia Brasileira de Direito Criminal (ABDCRIM), Conselheiro Federal da OAB por duas gestões (2013/2018), Presidente do Lide Justiça, Pós-graduado pela Faculdade de Direito de Castilla-La Mancha (Espanha).



## Verificação da existência de poder disciplinar eventualmente conferido aos militares da reserva remunerada prestadores de tarefas por tempo certo

■ POR JORGE CESAR DE ASSIS E JULIANA PAULA DE SOUZA

**“A tarefa a ser desempenhada pelo PTTC não poderá constar das atribuições relacionadas a um cargo existente no quadro de cargos previstos da Organização Militar, na qual, será executada. Ou seja, essa tarefa possui natureza residual e, desse dispositivo, igualmente, pode-se concluir que o PTTC não ocupa cargo.”**

**F**oi a agradável leitura do artigo “Militar da reserva remunerada em prestação de tarefa por tempo certo pode ser encarregado de inquérito policial militar?”, de autoria do Professor Cícero Robson Coimbra Neves<sup>1</sup>, que chamou a atenção para a figura pouco conhecida do militar prestador de tarefa por tempo certo – PTTC, afinal, estando prevista no ordenamento normativo das Forças Armadas, há que se definir, exatamente, os limites da prestação dessas tarefas e, ao final, ampliando as indagações, concluir se esse militar PTTC, na hipótese de ser oficial da reserva remunerada possui poder disciplinar, considerado este como a atividade de apurar a infração militar cometida pelo subordinado e a consequente aplicação de punição quando não houver causa de justificação.

O artigo acima referenciado mostrou que o militar PTTC não pode ser encarregado de IPM e, acrescentamos nós, nem muito menos de outros atos de polícia judiciária militar, como a lavratura de Auto de Prisão em Flagrante ou da Instrução Provisória de Deserção e/ou Insubmissão.

## **NATUREZA JURÍDICA DOS PRESTADORES DE TAREFA POR TEMPO CERTO**

Partindo da conceituação de militares estampada no art. 3º, do Estatuto dos Militares<sup>2</sup>, veremos que é o § 1º do citado artigo, que dispõe as situações em que se encontram os militares (na ativa e na inatividade), iremos encontrar o PTTC no inciso III do § 1º, alínea *b*, ou seja, fazendo parte do grupo de militares que se encontra na inatividade, em princípio os da reserva remunerada e, excepcionalmente, os reformados, que estejam executando tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada.

A prestação de tarefa por tempo certo está regulada pela Portaria Normativa nº 2/MD, de 10 de janeiro de 2017, do Ministério da Defesa, e, em decorrência dela, cada ramo das Forças Armadas efetuou sua regulamentação, a saber, Marinha (DGPM-314), Exército (Portaria nº 218 de 20/03/17; portaria nº 091-DGP de 10/05/17 e portaria nº 101-DGP de 21/05/19) e Aeronáutica (Portaria nº 165/GC3 de 24/01/17 – ICA 35-13 de 2017) que são as normas que tratam da PTTC.

Sendo o PTTC militar da reserva remunerada, cabe assinalar que existem apenas 2 (duas) hipóteses em que um militar que se encontra nessa situação possa vir a exercer alguma função na ativa.

Pela primeira delas, em caso de Mobilização Nacional, prevista na Lei nº 11.631, de 27.12.2007.

Seu art. 2º, inciso I, assevera ser a “Mobilização Nacional o conjunto de atividades planejadas, orientadas e empreendidas pelo Estado, complementando a Logística Nacional, destinadas a capacitar o País a realizar ações estratégicas, no campo da Defesa Nacional, diante de agressão estrangeira”, ao tempo em que o inciso V de seu parágrafo único prevê, como uma de suas medidas possíveis, a CONVOCAÇÃO de civis e militares.

Referida lei foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.592, de 02.10.2008, o qual, além de repetir em seu art. 2º, que a Mobilização Nacional é medida decretada pelo Presidente da República em caso de agressão estrangeira, não deixa margem para qualquer dúvida quando em seu art. 26 expressa, que a execução da

Mobilização terá início por ato do Presidente da República, de acordo com o art. 84, inciso XIX, da Constituição.

Estando o Brasil em tempos de paz, está afastada esta primeira possibilidade de convocação do militar que se encontra na reserva remunerada.

Já pela segunda e derradeira hipótese, há que se volver os olhos para o Decreto Federal nº 88.455, de 04.07.1983 e suas alterações, o qual regulamenta a designação do militar da reserva remunerada das Forças Armadas para o serviço ativo previsto no Estatuto dos Militares.

De clareza solar, seu art. 1º assevera que: “O militar da reserva remunerada das Forças Armadas, em tempo de paz e independente de convocação, poderá ser designado para o serviço ativo, em caráter transitório, quando se fizer necessário o seu aproveitamento. (Redação dada pelo Decreto nº 95.601, de 1988): I – se fizer necessário o aproveitamento de conhecimentos técnicos e especializados do militar; II – não houver, no momento, no serviço ativo, militar habilitado a exercer a função vaga existente na Organização Militar”.

Já seu parágrafo único prescreve que “A designação, na forma deste artigo, só poderá ser efetuada mediante aceitação voluntária do militar e se for julgado apto em inspeção de saúde”.

Ao anotar que a designação para o serviço ativo, em caráter transitório, depende de aceitação voluntária do militar e de ser julgado apto em inspeção de saúde, o parágrafo único não deixa margem de dúvida sobre a questão.

Contudo, o militar PTTC não se enquadra nas hipóteses do Decreto Federal nº 88.455, de 04.07.1983, já que o militar da reserva remunerada, nos termos do art. 3º do referido decreto, ao ser designado para o serviço ativo será considerado: I – em exercício de comissão de natureza militar; e II – agregado, de conformidade com o art. 81, item I, combinado com os arts. 6º e 26, da Lei nº 6.880, de 09 Dez 80. A PTTC não é comissão de natureza militar.

É bom que se diga que, em princípio, a prestação de tarefa por tempo certo pode ser feita tanto por oficiais como pelas praças. Em termos de oficiais, as funções que, geralmente, podem ser executadas na modalidade de PTTC são: de ensino, administrativas, de saúde, de informática, de ciência, tecnologia, inovação, de mão de obra técnico-especializada, assessoramento em atividades essenciais e outras atividades ou serviços a critérios do Comandante da Força (art. 4º, I, II, III da Portaria nº 218 de 20/03/17 do EB c/c item 2.1.3, d, cap. 2 da DGPM-314).

As normas internas sobre o PTTC não mencionam, de forma clara, as atividades a serem desempenhadas pelas praças.

Há que se ter em conta a advertência, precisa, de Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Paula Coutinho Bahia de Souza, para quem o último inciso, do § 1º do art. 3º, traz o conceito de prestador de tarefa por tempo certo, inserido no Estatuto pela Lei nº 8.237/1991. Asseveram que, em verdade, não se trata de uma terceira hipótese de inatividade, mas a possibilidade de utilização de militares da reserva remunerada ou reformados para atividades da caserna em virtude de sua larga experiência profissional.

Lembram que, em razão da prestação desse serviço, tais servidores da pátria recebem como contraprestação um adicional de 30% dos proventos que estiverem percebendo, como dispõe o art. 23 da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31.08.2001.

Esclarecem, no entanto, que, nos termos do art. 50, IV, “g”, do Estatuto dos Militares, combinado com o art. 71 do Decreto nº 4.307/2002 (que regulamenta a Lei de Remuneração dos Militares), não há previsão de fornecimento de alimentação a tais oficiais e praças, vez que a legislação é expressa ao conceder os benefícios apenas àqueles em atividade.

Os referidos autores advertem que o objetivo da criação do prestador de tarefa certa foi o de utilizar a experiência de profissionais altamente especializados em determinada área do conhecimento militar para o gerenciamento e transmissão do conhecimento às novas gerações, e que a “tarefa” designada deveria ter tempo certo, ou seja, com limite temporal para sua realização, racionalizando os recursos públicos e evitando que o instituto – de intuito nobre – se tornasse “cabide de empregos”, e que na prática, o dispositivo por vezes foi desvirtuado, e as “tarefas”, que deviam ter tempo certo, se tornaram sem limite temporal, com prorrogações sucessivas que chegavam a ultrapassar 10 anos, fazendo com que o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2.145/ 2015, determinasse ao Comando da Marinha que “[...] estabelecesse regulamento fixando o número máximo de designações de um mesmo militar para prestação de tarefa por tempo certo, com vistas a que o vínculo profissional estabelecido por meio desse instituto tivesse prazo razoável, compatível com sua natureza de vínculo temporário<sup>3</sup>”<sup>4</sup>.

Uma forma de evitar que o instituto do PTTC seja desvirtuado pode ser alcançado com o estabelecimento de critérios transparentes e objetivos, para que o processo de inscrição e seleção de profissionais para atuação na prestação de “Tarefa por Tempo Certo” seja realizado conforme publicação de Edital de Chamada Pública, sendo obedecidos os preceitos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>5</sup> e 6.901, de 02 de outubro de 2014<sup>6</sup>, iniciativa salutar prevista no art. 4º, PORTARIA PMERJ nº 954, de 28 de novembro de 2018<sup>7</sup>.

## **DA COMPETÊNCIA PARA APURAÇÃO E PUNIÇÃO DAS FALTAS DISCIPLINARES MILITARES**

Inicialmente, é importante definir o que seria a competência disciplinar militar. Esta é o poder-dever de (apurar a infração disciplinar e de aplicar a punição) atribuído à determinadas autoridades militares em razão do cargo ocupado por elas e não do grau hierárquico que elas possuem. Isso significa que, não é, apenas, por ser mais antigo que se tem competência disciplinar militar. Isso está previsto, de forma cristalina, no art. 10 do Regulamento Disciplinar do Exército – RDE (Decreto nº 4.346/02) e no art. 41 do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – RDAer (Decreto nº 76.322/75).

Os Regulamentos Disciplinares Militares das três Forças delimitam as autoridades competentes para aplicar a punição, no art. 19 do Regulamento Disciplinar da Marinha – RDM (Decreto nº 88.545/83), no art. 10 do RDE e no art. 42 do RDAer. E essa competência, como já fora mencionado, é atribuída ao detentor de cargo, ou seja, ao militar da ativa.

É de se perguntar se a competência para apurar a falta disciplinar pode ser delegada? E, se as autoridades que detêm competência disciplinar precisam, necessariamente, ser militares da ativa, como poderia ser delegada, essa apuração, a um militar da reserva (PTTC)?

A resposta ao primeiro questionamento é encontrada nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em que a autora deixa claro que, com relação ao sujeito, o ato administrativo é sempre vinculado, assim, só pode praticá-lo aquele a quem a Lei atribuiu competência<sup>8</sup>. O saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles, lecionava de forma precisa, ser do poder hierárquico que decorrem faculdades implícitas para o superior, tais como a de dar ordens e fiscalizar o seu cumprimento, a de delegar e avocar atribuições e a de rever os atos de inferiores. Para ele, delegar é conferir a outrem atribuições que, originariamente, competiam ao delegante, frequentes no âmbito administrativo e, como emanam do poder hierárquico, não podem ser recusadas pelo inferior, como também não podem ser subdelegadas sem autorização expressa do delegante. Conclui, que outra restrição à delegação é a de atribuição conferida pela lei, especificamente, a determinado órgão ou agente. Delegáveis, portanto, são as atribuições genéricas, não individualizadas nem fixadas como privativas de certo executor<sup>9</sup>.

Dito isso é forçoso concluir que somente aquelas autoridades dispostas no art. 19 do RDM, no art. 10 do RDE e no art. 42 do RDAer, podem apurar a conduta desabonadora da disciplina e aplicar a punição correspondente.

Somente as autoridades, acima mencionadas, detentoras da competência disciplinar são militares da ativa, os quais, por óbvio, são os possuidores do cargo. Logo, é ilegal qualquer delegação de competência, a militar PTTC, para apurar infração disciplinar. Nesse sentido, guardadas as devidas proporções, vale lembrar o § 1º, do art. 7º, do Código de Processo Penal Militar que, ao tratar da delegação de competência para o exercício da polícia judiciária militar, asseverou com clareza, que, "obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.

Numa análise comparativa, com relação às atividades que o PTTC não pode desempenhar, a previsão da PORTARIA PMERJ n° 954, de 28 de novembro de 2018 que regulamenta, no âmbito da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro – PMERJ, a PTTC é mais objetiva: a começar pela previsão do art. 2º que é cristalino ao afirmar que o policial militar, da reserva, selecionado para a PTTC só poderá exercer trabalhos nas atividades-meio da Polícia Militar. Além disso, o art. 30, I veda que o PTTC assuma função de prerrogativa do policial militar em serviço ativo.

## **DIFERENCIAÇÃO ENTRE CARGO E FUNÇÃO. ANÁLISE DA EXPRESSÃO “PRESTAÇÃO DE TAREFA”**

Das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>10</sup>, conclui-se que, cargo público é uma unidade de atribuições (poderes e deveres estatais) exercidas por um agente que possui vínculo estatutário. Já, a função pública, num conceito residual, é um conjunto de atribuições desempenhadas por servidores públicos (num sentido amplo) que não correspondem nem a cargo e nem a emprego público.

E, diante do atual regime constitucional, a função pode ser desempenhada de duas formas:

a) por servidores contratados, de forma temporária, nos moldes do art. 37, IX, CR, para a qual não é exigido concurso público, uma vez que, objetiva atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

b) de maneira permanente, equivalente à chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade, para a qual, o legislador não conceba o cargo específico. Normalmente, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração, abarcadas pelo art. 37, V, CR, para as quais, também, não é exigível concurso público. Esse só é exigido para os cargos ou empregos públicos na forma do art. 37, II, CR.

Deve ser lembrado que, a exigência constitucional (art. 61, § 1º, II, a) de Lei para a criação de função não se aplica à previsão do art. 37, IX, uma vez que, não é possível prever as ocorrências excepcionais que embasarão a medida.

O Estatuto dos militares diferencia cargo de função. No art. 20, deixa claro que, cargo é atribuição de militar em serviço ativo, ou seja, militar da ativa.

Fernando Hugo Miranda Teles, comentando o respectivo dispositivo legal assevera:

“O conceito de cargo militar extrai-se da lei, mais precisamente do *caput* do art. 20, in verbis: “Cargo militar é um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo”.

De uma rápida leitura do dispositivo é possível extrair algumas conclusões, a primeira delas é que o cargo é um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades, assim, atrelado ao cargo devem estar a relação que compõem esse nominado conjunto, como, por exemplo, o posto ou graduação do militar que poderá ocupar o cargo, os cursos ou a qualificação técnica que deve possuir para bem desempenhá-lo; a segunda conclusão é que o cargo militar somente poderá ser ocupado pelo militar da ativa, ou seja, um militar inativo, como o prestador de tarefa por tempo certo, PTTC, não está autorizado pela lei a ocupar cargo de natureza militar.

O dispositivo assinala que o cargo militar, a que se refere este artigo, é o que se encontra especificado nos Quadros de Efetivo ou Tabelas de Lotação das Forças Armadas ou previsto, caracterizado ou definido como tal em outras disposições legais, ou seja, abre a possibilidade para que exista cargo militar fora das Forças singulares, como exemplo, pode ser citado o Decreto nº 9.088, de 06.07.2017 que dispõe sobre cargos e funções consideradas de natureza militar. Oportuno assinalar que a vedação de ocupação de cargo militar por inativo, como caso do PTTC, estende-se aos cargos fora das Forças Armadas considerados de natureza militar<sup>11</sup>.

Dito isso, passaremos ao exame da expressão “prestação de tarefa”: segundo o item 1.2.5 da ICA 35-13 de 2017, a prestação de tarefa por tempo certo é “uma medida de gestão de pessoal militar que tem por fim permitir a execução de atividades de natureza militar por militares inativos possuidores de larga experiência profissional e reconhecida competência técnico-administrativa.” No item 2.1.1, é previsto que a contratação do PTTC é aplicável a todas as áreas de interesse da administração. No mesmo sentido, o art. 1º da Portaria nº 218 de 20/03/17 do EB, o art. 2º da Port. nº 091-DGP de 10/05/17 e o Cap. 2 da DGPM-314.

Vale ressaltar que, precisa haver motivação tanto para a designação da Prestação de Tarefa por Tempo Certo (PTTC) quanto para a prorrogação dessa. Com base no item 2.1.2 da ICA 35-13 de 2017, essa motivação tem como parâmetro a necessidade do serviço e, se as atividades a serem desempenhadas, demandam pessoas com conhecimento, habilidade e experiência (na tarefa a ser realizada) que não estejam disponíveis no serviço ativo da Aeronáutica.

O processo de designação, no entanto, ao invés do Edital de Chamada Pública, como o adotado na PMERJ, é composto por um simples formulário de proposta da prestação de tarefa por tempo certo, no qual, deve haver um campo intitulado como “descrição detalhada da tarefa e respectivas atividades” onde serão registradas todas as atividades a serem desempenhadas pelo militar designado. Todavia, na portaria de designação ou prorrogação, basta constar a principal tarefa a ser exercida. Deve ser enfatizado que, o PTTC só desempenha atividade diretamente relacionada com o objeto da tarefa (item 5.4 da ICA 35-13 de 2017).

Entretanto, por necessidade de serviço, durante o período da designação e por aceitação voluntária, se for imprescindível, pode-se acrescentar atividade não descrita no processo de designação, o que, deverá ser publicado em Boletim Interno. E, o número máximo autorizado de designados é fixado, anualmente, pelo Comandante de cada Força atendendo ao disposto no art. 8º da Portaria Normativa nº 002/17 do Ministério da Defesa. A expressão “se for imprescindível” a justificar o acréscimo de tarefa não descrita no processo de designação parece colidir com os princípios da transparência e legalidade da Administração Pública, podendo dar margem à questionamentos da própria contratação/designação do PTTC, o que aliás, já foi objeto de precisa advertência de Péricles Queiroz e Paula Bahia, vista linhas atrás.

Há requisitos que precisam ser preenchidos pelo militar a ser designado para PTTC, dentre eles, a voluntariedade, ser julgado apto em inspeção de saúde para o fim a que se destina, ter conhecimento e a experiência prática nas atividades a serem exercidas na tarefa, para a qual, pretende ser designado, etc. (item 2.4 da ICA 35-13 de 2017 c/c art. 6º da Portaria nº 091-DGP de 10/05/17 c/c item 2.3.2, cap. 2, e item 3.1.1, cap.3, da DGPM-314).

Deve-se, ainda, respeitar um período máximo de prestação de tarefa, pois, como o próprio nome sugere, é por tempo certo. Esse limite é de 10 anos, contínuos ou não. No entanto, o art.6º da Portaria Normativa nº 002/17 do Ministério da Defesa elenca exceções ao limite de dez anos.

O militar PTTC possui um vínculo precário com a Administração Militar, uma vez que, pode ser dispensado *ex officio*, por interesse da administração e ou da disciplina, a qualquer tempo. Pode, ainda, ser dispensado por término do período de designação, por interesse próprio e por deixar de possuir quaisquer dos requisitos necessários no ato da designação (item 4.1 da ICA 35-13 de 2017 c/c art. 11 da Port. nº 218 de 20/03/17 do EB c/c art. 22 da Port. nº 091-DGP de 10/05/17 c/c item 2.7.1, cap. 2, DGPM-314).

Esse vínculo se dá através de um contrato que tem como objeto a tarefa a ser desempenhada e o prazo do contrato é o “tempo certo” (art.6º da Port. nº 218 de 20/03/17 do EB).

## CONCLUSÃO

Da análise do que fora exposto, nos parece que a expressão “prestação de tarefa” está inserta na primeira forma de desempenho de função (a), dos servidores contratados de forma temporária – das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro –, com isso, resta claro que o PTTC não ocupa cargo, mas, função, logo, não detêm competência disciplinar que, como já mencionado, baseado no

disposto nos Regulamentos Disciplinares Militares das três Forças é atribuição do CARGO.

Então, quem não ocupa cargo não pode ter competência disciplinar.

Como já referenciado, também, o Estatuto dos militares, no art. 20, não deixa dúvida de que, cargo é atribuição de militar em serviço ativo, quer dizer, militar da ativa.

Além disso, o art. 2º, parágrafo único, da Portaria nº 091-DGP de 10/05/17 dispõe que a tarefa a ser desempenhada pelo PTTC não poderá constar das atribuições relacionadas a um cargo existente no quadro de cargos previstos da Organização Militar, na qual, será executada. Ou seja, essa tarefa possui natureza residual e, desse dispositivo, igualmente, pode-se concluir que o PTTC não ocupa cargo. Não dispondo de poder disciplinar, a toda evidência não poderá, da mesma forma, presidir o processo administrativo, seja a simples sindicância, seja a participação colegiada nos Conselhos de Justificação e Disciplina. 

## NOTAS

- 1 NEVES, Cícero Robson Coimbra. Militar da reserva remunerada em prestação de tarefa por tempo certo pode ser encarregado de inquérito policial militar? Disponível em <https://blog.grancursosonline.com.br/militar-da-reserva-remunerada-em-prestacao-de-tarefa-por-tempo-certo-pode-ser-encarregado-de-inquerito-policial-militar/> acesso em 21.06.2020.
- 2 Lei nº 6.880, de 09.12.1980 – Dispõe sobre o Estatuto dos Militares.
- 3 vide voto proferido no tc 026.724/2012-0.
- 4 QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de; SOUZA, Paula Coutinho Bahia de. Estatuto dos Militares Comentado – Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980, Curitiba: Juruá, 2019, p. 54.
- 5 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
- 6 Estado do Rio de Janeiro: Dispõe sobre a contratação de pessoal por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.
- 7 Regulamenta no âmbito da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, a prestação de tarefa por tempo certo e revoga a Portaria PMERJ nº 775, de 29 de junho de 2017.
- 8 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed., Rio de Janeiro: Gen, 2019, p. 485.
- 9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle filho, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 106-107.
- 10 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed., Rio de Janeiro: Gen, 2019, p. 1233-1237.
- 11 TELES, Fernando Hugo Miranda. *Estatuto dos Militares Comentado* – Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, Curitiba: Juruá, 2019, p. 93.

ARQUIVO PESSOAL



**JORGE CESAR DE ASSIS** é Advogado. Membro aposentado do Ministério Público Militar da União. Integrou o Ministério Público paranaense. Oficial da Reserva não Remunerada da Polícia Militar do Paraná. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá.

ARQUIVO PESSOAL



**JULIANA PAULA DE SOUZA** é Bacharela em Direito, com aprovação no XIII exame da OAB. Especialista em Direito Militar com docência em ensino superior pela Universidade Cândido Mendes – UCAM – CBEPJUR. Agraciada com medalha do Mérito Desportivo Militar pelo Ministério da Defesa e com a Ordem do Mérito Judiciário Militar pelo Superior Tribunal Militar.



# A eficácia dos acordos realizados na vigência da MP 936 frente o advento da Lei nº 14.020, de 07.07.20

■ POR FABIANO ZAVANELLA

“O art. 24 da Lei nº 14.020/20 indica que os acordos de redução proporcional de jornada e de salário e/ou de suspensão dos contratos de trabalho, firmados individual ou coletivamente entre empregados e empregadores ou sindicatos e empregadores, com base na medida provisória 936, regem-se pelas disposições da referida MP, ou seja, define o marco regulatório das alterações promovidas pela novel legislação que entrou em vigor no dia 7 de julho de 2020, portanto todos os ajustes firmados até 06 de julho de 2020 se guiarão pelos contornos normativos oferecidos pela medida provisória 936.”

**C**omo ficam os acordos celebrados sob vigência da medida provisória 936 com o advento da Lei nº 14.020/20 ou até mesmo aqueles pactos realizados no período de limbo legislativo derivado da demora entre o encaminhamento e aprovação do projeto de conversão número 15, pelo Senado Federal, e a sanção presidencial e dessa até a edição do Decreto nº 10.422/20?

Para melhor contextualização do tema importante é fazer o desenho de uma breve linha do tempo desde primeiro de abril de 2020, data da publicação da Medida Provisória nº 936.

Considerando o que dispõe o art. 62, § 7º da Constituição Federal uma Medida Provisória terá vigência pelo prazo de sessenta dias prorrogáveis por igual período caso ainda não votada em ambas as casas do Congresso Nacional, portanto no tocante a Medida Provisória nº 936, que teve sua vigência prorrogada em 28 de maio de 2020 pelo ato número 44 exarado pelo Congresso Nacional, a mesma se estenderia até primeiro de agosto de 2020.

Ao longo desse período desde à publicação da referida medida provisória que instituiu o importante programa de proteção do emprego e da renda através das mecânicas de redução proporcional da jornada de trabalho e do salário e/ou da suspensão do contrato de trabalho pelo prazo máximo de noventa dias na soma dos mecanismos desde que a suspensão não superasse sessenta dias, o debate sobre o assunto foi bastante intenso em todos os setores da sociedade assim como nos respectivos poderes da República (o STF julgou, inclusive, um pedido liminar deduzido na ADI 6363 a respeito da possibilidade ou não dos ajustes individuais decidindo pela validade dos mesmos, por exemplo).

No tocante ao plano legislativo em 16 de junho de 2020 o Senado Federal aprovou o projeto de lei de conversão número 15, oriundo da Medida Provisória 936, com alterações importantes no texto originário e, assim, encaminhou-o para análise presidencial, o qual foi sancionado e publicado apenas em 07 de julho de 2020, nascendo assim no ordenamento pátrio a Lei nº 14.020/20.

A tão esperada lei de conversão da medida provisória prevê a prorrogação dos prazos de redução proporcional da jornada e do salário e, também, da alternativa de suspensão do contrato de trabalho, entretanto condicionou tais hipóteses ao ato do Poder Executivo que através do Decreto nº 10.422/20 publicado em 13 de julho de 2020 fixou, então, um limite temporal máximo para adoção de tais técnicas de preservação do emprego e da renda de até 120 dias (mais 60 dias para suspensão e outros 30 para redução), considerando-se os ajustes feitos à luz da até ali vigente medida provisória 936.

O que importa toda essa digressão temporal na construção da resposta ao questionamento feito no início desse texto?

O art. 24 da Lei nº 14.020/20 indica que os acordos de redução proporcional de jornada e de salário e/ou de suspensão dos contratos de trabalho, firmados individual ou coletivamente entre empregados e empregadores ou sindicatos e empregadores, com base na medida provisória 936, regem-se pelas disposições da referida MP, ou seja, define o marco regulatório das alterações promovidas pela novel legislação que entrou em vigor no dia 7 de julho de 2020, portanto todos os ajustes firmados até 06 de julho de 2020 se guiarão pelos contornos normativos oferecidos pela medida provisória 936.

Nesse particular vale ainda lembrar que o inciso I do parágrafo segundo do art. 5º da Lei nº 14.020/20, como também já previa a MP 936, fixa o prazo de 10 dias

para que o empregador comunique o Ministério da Economia através da plataforma empregador web ou esocial (empregador doméstico), a contar da data da assinatura do ajuste individual, a fim de que o empregado receba, no prazo de até 30 dias contados desse mesmo marco, ou seja, dia que firmou o acordo, o benefício emergencial de proteção do emprego e da renda (BEM), que se partirmos do exemplo acima, ou seja, um pacto firmado em 6 de julho de 2020 a necessária informação avançará no tempo e coincidirá com o vigor da nova lei, mas isso não descaracteriza ou inviabiliza o ajuste entabulado nos moldes da MP.

Uma outra hipótese que se pode pensar que, inclusive, aconteceu com certa frequência é a realização de acordos individuais a partir do dia 7 de julho de 2020, publicação da Lei nº 14.020/20, até o dia 13 de julho de 2020 (publicação do Decreto nº 10422/20), quando ainda não se tinha o novo prazo permitido para as mecânicas centrais do estudo (redução ou suspensão), os quais são válidos se observarem tais limites (novos 60 dias para suspensão e outros 30 para redução, desde que na soma geral – ao longo da medida provisória e agora sob égide da Lei nº 14.020/20 – não se ultrapasse 120 dias), já que ainda dentro do prazo de 10 dias para comunicação ao Ministério da Economia – um risco necessário que muitas empresas correram ao não aguardar a edição do decreto, portanto válidos também tais ajustes.

Os eventuais acordos firmados antes da edição da Lei nº 14.020/20 quando já se havia exaurido os prazos permitidos pela MP 936 (máximo de 90 dias para combinação da redução e da suspensão), não geram efeitos e impõe ao empregador o ônus de arcar com a integralidade dos salários e benefícios para o respectivo período, o que cria, o que se chamou na pergunta inaugural de limbo legislativo para as empresas que anteriormente já haviam esgotados os prazos das técnicas de preservação e emprego e só depois de 7 de julho de 2020 puderam novamente adotá-las por um novo período de até 30 dias (considerando que se já haviam esgotado, utilizaram por 90 dias e, portanto, restam os indicados 30 dias para atingir o novo limite de 120 dias).

Por fim importante sublinhar o disposto no inciso II do § 5º do art. 12 da Lei nº 14.020/20 pelo qual prevalece a norma coletiva que entra em vigor, em detrimento ao ajuste individual se mais favorável for ao empregado sendo certo que até a referida data o acordo singular se aplica ao período anterior da negociação coletiva, regra essa que se aplica, inclusive, conforme disposto no parágrafo único do art. 24 da mencionada lei, aos ajustes pactuados na vigência e conforme a Medida Provisória nº 936.

São essas breves linhas e considerações para algo que deveria ser de fácil e simples compreensão, mas que infelizmente, a urgência e redação apressada do regramento impõe uma complexidade que agrava ainda mais o cenário caótico imposto ao segmento empresarial pelos efeitos da pandemia, que se tenha serenidade e bom senso tanto na adoção como na interpretação de tais medidas a fim de não se aumentar ainda mais a chaga que permanecerá em aberto por muito tempo até que consigamos alguma recuperação da nossa combatida economia. 



**FABIANO ZAVANELLA** é Doutorando em Direito pela USP e Mestre em Direito pela PUC/SP, com MBA em Direito Empresarial pela FGV/SP. Ele é pesquisador do GETRAB-USP, sócio do Rocha, Calderon e Advogados Associados e Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR). É, também, Professor nos Cursos de Pós-graduação e Extensão em Direito Empresarial do IBMEC, da Escola Paulista de Direito (EPD) e do Complexo Damásio Educacional em São Paulo, entre outros.

# Atos do governo em Tempos de Pandemia (COVID-19) à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

■ POR CLAUDETE INÊS PELICOLI



**“Quem vai pagar a dívida gerada com a Pandemia? De onde está vindo o dinheiro? E, principalmente, o que vamos ter que dar em troca dos empréstimos feitos? Neste ponto, cumpre questionar se a Soberania Nacional foi ameaçada com o endividamento brasileiro.”**

**E**m 30/01/2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11/03/2020, a COVID-19<sup>1</sup> foi caracterizada pela OMS como uma pandemia<sup>2</sup>.

A partir da declaração da OMS e do aparecimento e proliferação da doença, em diversos Países, os governos passaram a prescrever medidas preventivas, mediante promulgação de Leis e Decretos, com o objetivo de conter a doença.

Em diversos Estados Brasileiros foi determinada a quarentena, com medidas de isolamento social, fechamento das fronteiras, escolas, indústrias, comércio, atividades culturais, esportivas, religiosas e de lazer, determinando que as pessoas fiquem em suas casas.

Números de mortes e contaminados são anunciados diariamente nos jornais e telejornais, levando a sociedade a um estado de pânico, em que “Ter Medo Virou uma Virtude”<sup>3</sup> e as pessoas preferem ficar em casa e a se expor ao contágio de uma doença que não sabem bem o que é.

Fazendo a análise da intervenção Estatal, sob a ótica do direito, cumpre questionar se as medidas obrigatórias e restritivas impostas pelos governos refletem o conceito de Estado Democrático de Direito, em tempos de pandemia (COVID-19). Se as medidas estatais colidem com princípios e direitos constitucionais, como a liberdade de locomoção, de reunião, de trabalho e de livre iniciativa? E, do ponto de vista econômico, se levou em conta a realidade brasileira e as consequências dos atos do Estado sobre a ordem e desenvolvimento econômico?

A importância da presente pesquisa justifica-se pela tomada de consciência sobre os atos do Estado, em colisão com os princípios e garantias constitucionais e, para uma responsabilização da sociedade, inserida em um Estado Democrático de Direito, visando uma retomada de ação, alertando para os efeitos deletérios de uma parada geral obrigatória.

## ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No campo do direito constitucional o Estado Democrático do Direito é instituído no preâmbulo da Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil* (grifado).

Como se vê, o Estado Democrático é a premissa que rege todos os direitos garantidos e assegurados pela Constituição Federal, tendo por escopo o desenvolvimento de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, visando a paz social e a ordem interna e internacional, asseguradas a liberdade e o bem-estar.

O conceito de Estado Democrático de direito extrai-se dos ensinamentos de José Afonso da Silva (2013, p. 979-980):

A configuração do Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas

os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

A Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito democrático, com o “democrático” qualificando o Direito, e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre ambas as constituições. A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também, sobre a ordem jurídica. O Direito, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá de ajustar-se ao interesse coletivo. Contudo, o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado democrático de Direito, quando afirma que ele é “baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objectivo assegurar a transição para o Socialismo mediante a realização da Democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa” (art. 2º).

A democracia que o Estado democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo<sup>4</sup>; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias<sup>5</sup> e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

O ponto alto, que se quer destacar, é que Direito deve representar o interesse coletivo.

A instituição do Estado Democrático de Direito deve garantir aos cidadãos a proteção jurídica dos direitos humanos e fundamentais e a harmonização das divergências.

Desse ponto de vista, o Estado não pode deliberar sem que a vontade do povo seja respeitada, seja garantida e, a ação e as decisões dos governantes devem estar pautadas na Lei Maior, a Constituição Federal e, deve coincidir com a vontade do povo, limitando o poder dos governantes.

Portanto, os atos do Estado devem estar pautados nos direitos dos cidadãos que o compõem, tendo como resultado a justiça social e o bem comum.

Neste sentido, o Estado Contemporâneo tem uma função instrumental, conforme lições do Professor Passold (2013, p. 24):

A condição instrumental do Estado deve ser consequência de dupla causa:

- (1) ele nasce da Sociedade, e
- (2) deve existir para atender as demandas que, permanente ou conjunturalmente, esta mesma Sociedade deseja que sejam atendidas.

O Estado é um instrumento que tem a função de atender as necessidades emergentes do povo que representa e garantir o bem comum:

Acredito que não há sentido na criação e na existência continuada do Estado, senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo.

Deve haver, por parte desta criatura da Sociedade, um compromisso com a sua criadora, sob pena de perda de substância e de razão de ser do ato criativo.

Tal compromisso configura-se, de forma concreta, na dedicação do Estado à consecução do Bem Comum ou Interesse Coletivo.

O Bem comum não é a soma dos bens individuais ou dos desejos isolados. (2013, p. 25)

Assim, é o Estado, como instrumento, que deve estar a serviço da sociedade e do cidadão, com o objetivo de atingir o bem comum, e não o contrário.

Diante da situação de pandemia, o Estado tem a função instrumental de decidir pelo Bem Comum e Interesse Coletivo, refletindo, no entanto, a vontade da sociedade.

Assim, cumpre verificar se as ações do Estado, em tempos de pandemia, preservam a saúde geral dos seus integrantes, física, mental e econômica, se são legais e se representam a vontade dos seus cidadãos.

Neste contexto, no item seguinte, se aborda a posição do Estado (União), dos Estados e dos Municípios.

## **Competência: estados e municípios promulgaram normas, legislando de forma mais restritiva que a lei federal**

A COVID-19 foi detectada, primeiramente, na China, no final de 2019, o que motivou a OMS – Organização Mundial da Saúde – a decretar, em 30/01/2020, estado de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional<sup>6</sup>.

Em 06/02/2020, o Brasil editou a Lei 13.979/20 com medidas de enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, com objetivo de proteção da coletividade, com medidas de ISOLAMENTO<sup>7</sup>, QUARENTENA<sup>8</sup>, realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, tratamentos médicos específicos, estudo ou investigação epidemiológica, exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver, restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País, locomoção interestadual e intermunicipal, requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, etc<sup>9</sup>.

Em 20/03/2020 foi decretado o estado de calamidade pública, no Brasil, pelo Decreto Legislativo 6/2020 aprovado pelo Senado Federal, com efeitos até 31/12/2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18/03/2020<sup>10</sup>.

A lei 13979/20 foi regulamentada pelo decreto federal nº 10.282 de 20/03/20, que elencou as atividades de caráter público/essencial, que poderiam ter continuidade durante a aplicação das medidas emergenciais. Foi estabelecida uma lista de serviços públicos e atividades essenciais.

O governo federal, visando maior controle das medidas da pandemia, editou a medida provisória nº 926, em 20/03 (mesma data do decreto nº 10282), por meio da

qual centralizou os poderes, na prática, na Agência Nacional de Vigilância Sanitária<sup>11</sup>.

Note-se que a Lei Federal prevê o isolamento e quarentena apenas de pessoas doentes, contaminadas ou suspeitas de contaminação.

Ocorreu que, os Decretos e Portarias Estaduais e Municipais impuseram condições mais restritivas que as determinadas pelo Governo Federal determinando o isolamento e a quarentena geral, respeitando apenas a realização de atividades essenciais, proibindo o trabalho fora de casa, a circulação de ônibus, utilização de academias, piscinas, praias, impôs o fechamento de shoppings, indústrias e comércio em geral, fóruns, etc., uma restrição de direitos nunca vista antes.

Para resolver o conflito de competência do governo federal foi proposta a ADI 6341, tendo o STF se manifestado pela inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da medida provisória, estabelecendo a liberdade dos Estados e Municípios para decidir sobre como conduzir as suas políticas de combate à pandemia, considerando que a centralização em nível exclusivamente federal, se opõe à competência concorrente de Estados e Municípios no que se refere ao tema.

Isso porque o STF entende que o assunto – saúde pública – é de competência concorrente da União, estados e municípios para legislar, o que significa que os Estados e os municípios podem legislar, como fizeram, de forma mais restritiva, não podendo apenas flexibilizar a Lei federal<sup>12</sup>.

Assim, não obstante a Lei 13979/20 do Governo Federal previa as medidas de isolamento apenas das pessoas contaminadas, doentes ou suspeitas, os Estados e Municípios editaram normas mais restritivas, o que resultou numa paralisia geral das atividades, exceto as consideradas essenciais.

Neste contexto, resta analisar se tais medidas restritivas, impondo a quarentena e o isolamento social, a todos os cidadãos, estão em conformidade com a Constituição Federal.

## **Dos Princípios e Direitos Constitucionais**

O Título I da Constituição Federal trata dos Princípios Fundamentais e no art. 1º<sup>13</sup>, os elenca: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Assim, cumpre conceituar princípios fundamentais, trazendo a visão de Miguel Reale (2002, p. 60):

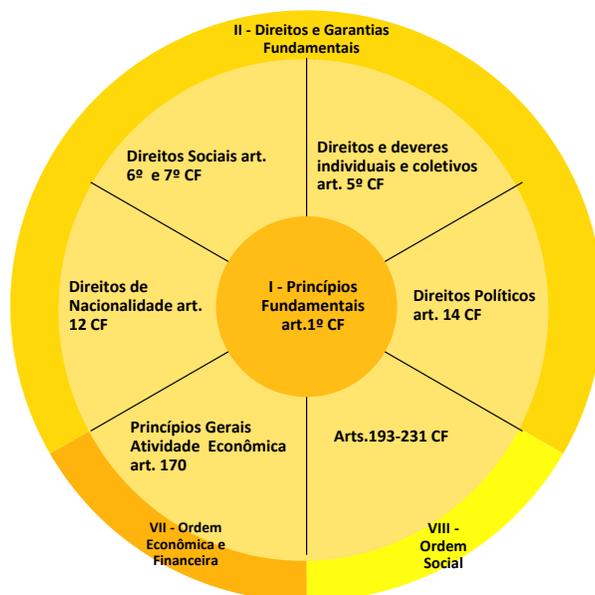
“princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a cada porção de realidade”.

Como se vê, os princípios são a base que sustenta a Constituição e os Direitos fundamentais, constituindo o sistema normativo, conforme Sarmiento (2008, p. 87-88):

Os princípios são muito importantes porque, pela sua plasticidade conferem maior flexibilidade à Constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade. Além disso, por estarem mais próximos dos valores, eles ancoram a Constituição no solo ético, abrindo-a para conteúdos morais substantivos. Por isso, seria inadmissível uma combinação baseada apenas em normas regras. [...] sem embargo,

também seria inviável uma Constituição que se fundasse apenas sobre princípios, pois esta carrearía ao sistema uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e imprevisível do que a das regras. É indispensável que, ao lado dos princípios, existam regras na Constituição, para que a abertura do sistema não destrua sua segurança e estabilidade.

Verifica-se que os princípios constituem o núcleo da Constituição Federal e não estão isolados, mas, são conexos com o conjunto de normas, com regramento jurídico, dando-lhes o fundamento, um norte a ser seguido, conforme se visualiza no gráfico abaixo, elaborado para este estudo:



O objetivo do gráfico é demonstrar que os princípios constitucionais interagem com as garantias fundamentais e com os demais direitos dispostos na Constituição Federal, demonstrando que deve haver a convergência democrática e harmônica entre eles.

O Título II da Constituição Federal trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, que para o objetivo deste estudo, citam-se os arts. 5º<sup>14</sup>, 6º<sup>15</sup> e 7º<sup>16</sup>. O art. 5º garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; já o art. 6º trata dos direitos sociais da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, maternidade e a infância, assistência aos desamparados; enquanto que, o art. 7º trata especificamente dos direitos dos trabalhadores.

No Título VIII, o primado da ordem social, determinado pela própria constituição, é o trabalho, que consta, também, como princípio (at. 1º, IV) e é reforçado no art. 193:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A saúde, como direito de todos e dever do Estado, é tratada no art. 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No Título VII, a Constituição Federal, da Ordem Econômica e Financeira, reforça os o valor do Trabalho e da Livre Iniciativa:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (grifado).

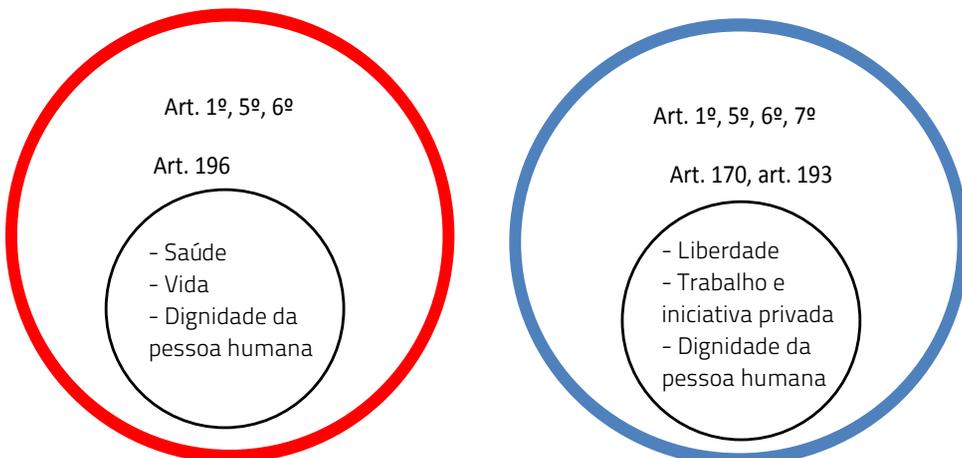
Como se viu, o princípio da Dignidade da Pessoa humana pode ser defendido tanto do ponto de vista da preservação e proteção da saúde, como da garantia do trabalho e da livre iniciativa e, os direitos individuais e coletivos defendem tanto a vida (art. 5º), como a saúde, o trabalho e a livre iniciativa.

Explicitados os princípios e as garantias fundamentais, no item seguinte faz-se à análise dos atos dos governos confrontando-os com o regramento constitucional.

### **Da Proteção da Saúde e da Vida e dos Direitos de Liberdade, Trabalho e Livre Iniciativa**

Pode-se entender que a decretação da quarentena e isolamento, proibição de circulação das pessoas, de reunião, com o fechamento do comércio, shoppings centers, indústrias, escolas, proibição de realização de partidas de futebol e de outros eventos sociais, encontra justificativa constitucional na defesa da vida e preservação da saúde, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, em nome da proteção à saúde, os cidadãos foram destituídos de outros direitos constitucionais como o da Liberdade (art. 5º, *caput*), de Locomoção (art. 5º, XV), de Reunião (art. 5º, XVI), os direitos sociais à educação, trabalho e lazer (art.6º), preterido o primado do trabalho (art. 7º, 193) e, da livre iniciativa (art. 170), pautados nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, do Trabalho e da Livre Iniciativa (art.1º, III e IV), como se resume o gráfico abaixo:



Portanto, pode-se entender que há colisão de princípios fundamentais, cumprindo trazer as lições de Robert Alexy (2008, pp. 93-94) sobre o assunto:

### 3.2. A colisão entre princípios

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso<sup>17</sup>.

Sobre o mesmo assunto Canotilho (1993, p. 646-647) complementa:

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização dos direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro D2 em face das circunstâncias do caso (C).<sup>18</sup>

Verifica-se, portanto, que os governos, na circunstância concreta da Pandemia (COVID-19) decidiram pela prevalência da preservação da saúde sobre outros direitos constitucionais como os direitos da liberdade, do trabalho e da livre iniciativa, cumprindo questionar sobre a possibilidade de convivência e harmonização entre tais direitos, ao invés da colisão, como se deu pela intervenção estatal.

Neste contexto, cumpre trazer o valor do trabalho para a ordem econômica e social.

## **O valor do Trabalho e da Livre Iniciativa para a ordem econômica e social**

Em 2019, foi promulgada a Lei nº 13.874/2019, com a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias de livre mercado: O BRASIL LIVRE PARA CRESCER.

Em 2020, no entanto, tem-se que enfrentar o problema da Pandemia, COVID-19.

Enquanto a União previa o isolamento social e a quarentena restringindo os direitos apenas aos doentes, contaminados e suspeitos, os estados e os municípios, em geral, foram mais restritivos, submetendo toda a população às medidas restritivas.

É realidade que os estados e os municípios dispõem de mais condições de controlar de perto a situação dos cidadãos que pertencem a sua circunscrição, no entanto, revelou-se a desarmonia entre princípios constitucionais e entre as instâncias do governo federal, estadual e Municipal, que não chegaram a um consenso sobre como tratar o assunto.

Verifica-se que, no contexto concreto da pandemia, não houve respeito ao Estado Democrático de Direito, com Estados e Municípios extrapolando os limites da atuação estatal, uma vez que deve prevalecer a vontade do povo, que em nenhum momento foi consultado.

Pode-se dizer que os atos restritivos impostos pelos estados e municípios tiveram como justificativa a preservação da saúde e o direito à vida, dos cidadãos e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), por outro lado, foram preteridos outros direitos sociais e individuais como: de liberdade, de locomoção, do trabalho e da livre iniciativa, fundamentais para o exercício do bem estar social e do desenvolvimento da economia nacional.

Defende-se que os princípios da livre iniciativa e do trabalho são o fundamento e o sustentáculo da ordem econômica e social.

Neste contexto, a valorização do trabalho e livre iniciativa na visão do Professor Lafayette Josué Petter (2009, p. 47):

### 3.1.2. A Valorização do Trabalho humano

A valorização do trabalho humano e da livre iniciativa revelam que a Constituição de 1988 prevê uma sociedade brasileira capitalista moderna, na qual a conciliação e a composição entre os interesses dos titulares de capital e trabalho são necessidades a serem viabilizados pela atuação do Estado. Anotes-se: a valorização do trabalho humano encontra-se prevista como fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do art. 1º da Constituição), como fundamento da ordem econômica (*caput* do art. 170) e como base da ordem social (art. 193). Celso Ribeiro Bastos destaca que a Constituição refere-se à valorização do Trabalho humano também no sentido material, qual seja, a de que o trabalho deve receber uma contrapartida monetária que o torne materialmente digno. Mas valorizar o trabalho humano diz respeito a situações em que haja também mais trabalho (busca do pleno emprego), melhor trabalho e quando o trabalho não sofre tratamento antiisonômico. Além disso, o trabalho humano e sua valorização encontram-se intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana, pois na medida em que se valoriza aquele, está-se valorizando a pessoa humana. Por isso, com razão, ensina José Afonso da Silva<sup>19</sup> que a valorização do trabalho humano se sobrepõe aos demais princípios da ordem econômica.

Da mesma forma, o trabalho e livre iniciativa como intrínseca condição da dignidade da pessoa humana por NOVELINO (2016, p. 256):

### 3.4. Valores Sociais do trabalho e da livre-iniciativa

O reconhecimento dos valores sociais do trabalho como um dos fundamentos do Estado brasileiro impede a concessão de privilégios econômicos condenáveis, por ser o trabalho imprescindível à promoção da dignidade da pessoa humana, uma vez que pode ser visto como um ponto de partida para o acesso ao mínimo existencial e condição de possibilidade para o exercício da autonomia. A partir do momento em que contribui para o progresso da sociedade à qual pertence, o indivíduo se sente útil e respeitado. Sem ter qualquer perspectiva de obter um trabalho, com uma justa remuneração e com razoáveis condições para exercê-lo, o indivíduo acaba tendo sua dignidade violada. Por essa razão, a Constituição consagra o trabalho como um direito social fundamental (CF, art. 6º), conferindo uma extensa proteção aos direitos dos trabalhadores (CF arts. 7º e 11). A consagração dos valores sociais do trabalho impõe, ainda, ao Estado o dever de proteção das relações

de trabalho contra qualquer tipo de aviltamento ou exploração, como tem ocorrido com certa frequência na história do trabalho assalariado.

A liberdade de *iniciativa*, que envolve a liberdade de imprensa (indústria e comércio) e a liberdade de contrato, é um princípio básico do liberalismo econômico. Além de fundamento da República Federativa do Brasil, a livre-iniciativa está consagrada como princípio informativo e fundante da ordem econômica (CF, art. 170), sendo constitucionalmente “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (CF, art. 170, parágrafo único). A ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170).

Diante do exposto, questiona-se não poderia haver a convivência e a harmonia entre os atos da União, Estados e Municípios para o enfrentamento da crise, diante do Estado Democrático de Direito. E, também, se poderia haver a preservação da saúde, sem declinar do direito ao trabalho e à livre iniciativa, já que são os princípios fundamentais que sustentam a ordem econômica e social.

Neste sentido, a Resolução 01/2020 (B, I) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>20</sup> destaca a importância do trabalho como meio de subsistência:

Observando que a generalidade dos trabalhadores, em especial os que vivem em situação de pobreza ou com baixos salários, dependem por definição da renda econômica do trabalho para sua subsistência e levando em conta que existem certas categorias de trabalho que expõem as pessoas a um maior risco de que seus direitos humanos sejam afetados pela pandemia e suas consequências, tais como trabalhadores da saúde, produção e distribuição de alimentos, limpeza, cuidado, trabalhadores rurais, informais ou precarizados, entre outros.

Cumprir trazer, também, as diretrizes indicadas por Paulo Abrão, secretário executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Cabe aos Estados o ônus de provar que as medidas adotadas são estritamente necessárias para a sociedade democrática, que satisfazem o princípio da legalidade, que são adequadas para atingir o objetivo de proteger a vida e a saúde pública, que não existem meios menos nocivos para alcançar esses mesmos objetivos, e que a restrição causada não é mais prejudicial que o benefício obtido. Para serem legítimas, as medidas de exceção não podem ser genéricas ou dirigidas a suprimir um catálogo indefinido de direitos, nem podem ser utilizadas para justificar o uso arbitrário da força ou a supressão do direito de acesso à justiça, nem podem ter um tempo de duração infinito. Outros limites são os direitos que não são derogáveis pelo direito internacional: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; o direito à vida; o direito à integridade pessoal e a proibição de tortura, tratamento desumano, cruel e degradante; a proibição de escravidão e servidão; o princípio da legalidade e da retroatividade; liberdade de consciência e religião; proteção da família; o direito a um nome; os direitos das crianças; o direito à nacionalidade e os direitos políticos.

Entendemos que o contexto de excepcionalidade não pode se consolidar como uma espécie de nova normalidade. É necessária uma ampla vigilância para que a crise da pandemia não se transforme em uma crise generalizada de direitos humanos. Dessa forma, cientes de que certas restrições possam ser permitidas, publicamos a Resolução 01/2020

sobre a “Pandemia e os Direitos Humanos”, estabelecendo os requisitos materiais e formais que os estados devem cumprir. Ali também estão 85 recomendações que servem de guia para uma aplicação adequada de regras e declarações de emergência no contexto da atual contingência. Para o direito internacional, o objetivo da proteção à saúde não pode ser invocado de maneira ambígua ou abusiva para desconsiderar as obrigações dos Estados em relação aos direitos humanos<sup>21</sup>.

Como bem traz o artigo, a proteção à vida e à saúde pública deve ser feita por meios menos nocivos, de modo que a restrição causada não seja mais prejudicial que o benefício obtido.

Desta forma, seria conveniente que os atos do governo garantissem a harmonia e convivência dos princípios constitucionais, ao invés da sua colisão, como ocorreu.

Ademais, questiona-se sobre a imprescindibilidade das restrições impostas e quais as consequências econômicas da paralisação para o futuro do Brasil e de seus cidadãos. É o que se traz no item seguinte.

### **As Consequências Econômicas da Intervenção Estatal sobre a Economia (COVID-19)**

Como visto, dos princípios estampados na Constituição Federal, destacaram-se os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º, IV), que, em conjunto com a Lei da Liberdade Econômica, 13874/2019, foram preteridos pelas medidas restritivas dos Estados e dos Municípios, diante da preferência e prevalência de outro direito fundamental, o da saúde.

No entanto, o resultado são empresas quebrando ou obrigadas ao enxugamento ou a paralisação de suas atividades, demissão de empregados, pessoas com restrição de locomoção, fuga dos investidores, desvalorização da moeda real, colocando o Brasil em crise e levando-o à recessão econômica:

O Instituto Fiscal Independente, do Senado, divulgou um estudo nesta segunda-feira, 13, apontando que a paralisação da atividade econômica e gastos com o combate à pandemia do novo coronavírus (Covid-19) podem incutir em consequências dolorosas para a economia brasileira pelos próximos dez anos. Segundo a instituição, no pior dos cenários, com 22 semanas de paralisação das atividades, a queda do Produto Interno Bruto (PIB) do país pode atingir até 7% neste ano. Contudo, este é apenas o impacto inicial – as perspectivas para os próximos anos não são melhores. Segundo a instituição, os gastos engendrados pelo Governo Federal farão a dívida pública disparar a 84,9% do PIB neste ano. Mas o pior vem depois. Ainda de acordo com o documento, a dívida pública do país deve ultrapassar todos os bens e serviços produzidos no país em até dez anos. Para que isso não aconteça, um penoso controle do crescimento do endividamento precisará ser colocado em prática, passado o momento crítico. Isso terá efeitos atroz sobre o crescimento do PIB e da renda da população por mais de uma década.

A instituição calcula que o novo déficit do governo central deverá ficar em 514,6 bilhões de reais e, para o setor público consolidado, projeta-se déficit de R\$ 549,1 bilhões, uma piora de 5,9 pontos percentuais do PIB em relação à projeção de novembro de 2019. Segundo o documento, as projeções catastróficas se dão, obviamente, pela paralisação das atividades econômicas em decorrência das políticas de isolamento e o consequente aumento no desemprego. “Choques recentes de oferta, demanda e condições financeiras

vão interromper a trajetória de recuperação da atividade no Brasil. Nesse contexto, elemento adicional que preocupa é a elevada taxa de desemprego no Brasil, que tem caído lentamente nos últimos três anos e pode voltar a subir a depender da extensão e duração dos impactos”, alerta o IFI.<sup>22</sup>

No que diz respeito ao desemprego, colhe-se:

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o nosso país encerrou a primeira semana de julho com 11,2 milhões de desempregados. Os dados divulgados nesta sexta-feira (26/06) apontam para um número com 1,4 milhão a mais do que o apresentado na primeira semana do último mês. Dentre os desempregados, cerca de 5,3 milhões deles estão concentrados na região sudeste, seguido da região nordeste e do sul do país. (Fonte: G1)

Nesse cenário, a Fundação Getúlio Vargas também fez um levantamento que aponta que, em meio à crise, o Brasil deve colher sua primeira década de recessão. Dessa forma, os dados mostram que, entre 2011 e 2020, PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro deve registrar um recuo médio de 0,3% ao ano. A situação é inédita para o país e foi provocada essencialmente pelo grande impacto da pandemia no PIB deste ano. (Fonte: G1)<sup>23</sup>

A restrição geral do trabalho provocou uma crise social e econômica sem precedentes na história, cujas consequências terão que ser suportadas por mais de dez anos e, por todo o povo brasileiro.

Como se vê, não foi respeitado o Estado Democrático do Direito, em que deveria prevalecer a vontade do povo e que não foi consultado, nem, tampouco o bem estar coletivo.

Sobre o assunto, respeitando a liberdade de pensamento e, também, a manifestação de alguns setores da sociedade, pode-se colher diversos artigos, em que os atos do governo são questionados ou criticados e que se traz, na sequência, a título exemplificativo.

Leonardo Vizeu Figueiredo<sup>24</sup>, no artigo Livre Iniciativa em época de COVID-19<sup>25</sup>, afirma:

A violação à liberdade de iniciativa de forma irresponsável e sem planejamento trará uma série de consequências funestas à população brasileira, oriundas de mazelas sociais decorrentes da miséria que vem sendo semeada de forma demagógica. Vivemos um período conturbado onde, em nome da saúde, várias pessoas foram privadas de seu sustento e de seu trabalho, por comando do Poder Público estadual e municipal.

Tal fato é extremamente preocupante, uma vez que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito reside no pleno exercício das liberdades individuais, dentre elas a liberdade de ofício e a livre iniciativa. Liberdade não se negocia, não se tutela, liberdade se exerce. Uma vez perdida a liberdade, ainda que em nome de sua proteção, dificilmente ela retornará. A história é pródiga em exemplos de Nações que viram suas democracias ruírem, quando a população aceitou abrir mão de suas liberdades individuais.

O movimento Reage Brasil, do qual integram mais de 200 entidades, pede a retomada gradual das atividades<sup>26</sup>:

A abertura gradual da atividade econômica a partir do dia 30 de março, para evitar um colapso, é o que pedem mais de 200 entidades do Sul do país ligadas ao Movimento

Reage Brasil, que protocolaram nesta sexta-feira documento no gabinete do governador Eduardo Leite.

De acordo com um dos representantes do grupo, o presidente do grupo Explorer e diretor regional da Associação Brasileira do Trabalho Temporário (ASSERTTEM), André Fraga, não há como voltar toda a atividade imediatamente, mas nesse período de paralisação já foi possível aprender a lidar com o coronavírus. “A população já está muito conscientizada de todos os critérios para esta guerra contra a Covid-19. Pedimos uma liberação. Por exemplo, que nas indústrias sejam abertas possibilidades de ter escala para não colocar todos no mesmo turno.”

Ainda trazendo Notícia exemplificativa do RS a Notícia de 28.06.2020<sup>27</sup>:

#### DISTANCIAMENTO CONTROLADO

Governo do RS recebe 67 recursos para reavaliação da bandeira vermelha.

Em outras palavras, questiona-se a sustentabilidade<sup>28</sup> dos atos praticados pelos governantes, devendo ser levado em conta que o Brasil é um País em desenvolvimento, questionando-se se o medo da contaminação é suficientemente justificável para parar a economia, correndo o risco de reportar o Estado Brasileiro ao endividamento e a uma crise econômica sem precedentes.

Neste sentido, Paulo Abraão, no artigo<sup>29</sup> “Quando a resposta à pandemia fere direitos humanos” prevê que o peso da pandemia – tanto sanitário quanto econômico – não será distribuído de maneira igualitária entre os países e nem dentro de cada país, cabendo aos mais pobres um fardo mais pesado.

O que quer dizer que, para cada País os efeitos da pandemia são diferentes, questionando-se se, para o Brasil, um País emergente, em desenvolvimento, a suspensão geral do trabalho, sacrificando a economia nacional e desenvolvimento social, pela ameaça de pandemia, representa uma decisão coerente com a nossa realidade.

Questiona-se se a proteção da saúde não pode ser harmonizada com o direito ao trabalho, com adoção de medidas preventivas e protetivas, como o uso de máscaras e a higienização, isolamento apenas do grupo de risco, doentes, contaminados e suspeitos, com incentivo de pesquisa aplicada, inovação e difusão de novas tecnologias, descobrimento de novas alternativas de tratamento, poderiam ser suficientes para a contenção da doença e a preservação da saúde dos cidadãos e, concomitantemente, da economia nacional.

## CONCLUSÃO

Viu-se que, no contexto da Pandemia COVID-19, a atuação do Estado brasileiro não observou o preâmbulo da Constituição Federal, pois os seus atos não respeitaram o Estado Democrático de Direito em que o Estado é apenas instrumento da vontade popular, eis que esta, em nenhum momento, foi consultada ou considerada.

Também se verificou a desarmonia entre os atos da União com os dos estados e dos municípios, pois não obstante o governo federal tentou disseminar a ideia de manter a economia em funcionamento, os Governadores dos Estados e dos Municípios, em grande parte, seguiram por vontade própria determinando a suspensão geral das atividades.

Verificou-se que, ao invés de haver união e harmonia entre as esferas do governo, houve desunião e desarmonia. Da mesma forma, não foi preservado o direito à saúde

em convivência com o direito ao trabalho e à livre iniciativa, havendo uma sobreposição de um princípio constitucional, em desfavor dos outros de mesma hierarquia constitucional, ambos intrínsecos ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os questionamentos que os governos poderiam ter feito, antes de suspender as atividades e comprometer a economia nacional e o desenvolvimento social são: quais as medidas para preservar a saúde dos cidadãos, a dignidade da pessoa humana e o direito à subsistência em tempos de pandemia? Qual o grupo de risco que tem maior propensão à contaminação? De que forma se poderia incentivar as pesquisas científicas visando descobrir alternativas de tratamento? Qual a eficácia e a utilidade das medidas tomadas? Quais as consequências para a Economia Nacional? E, direcionar os atos do Estado coincidentes com a realidade brasileira, evitando o pânico social e a instabilidade econômica.

As regras de combate ao COVID-19, como o uso de máscaras e a higienização com álcool gel, podem ser adotadas e observadas evitando a contaminação, mas, impedir as pessoas de trabalharem, provocando pânico e medo é um desserviço do Estado à sociedade brasileira, criando ainda mais problemas que vão se estender no tempo.

Cabia aos governantes, unidos em força nacional, conduzir os atos de forma harmônica e unívoca, investigando qual a extensão da pandemia, quais as suas consequências, se atinge a todos os membros da sociedade ou não, quais as medidas preventivas, aumentar a pesquisa sobre o vírus e o seu combate, utilizar-se de meios para fazer a proteção, vacinação, questionar se é imprescindível o isolamento, se é necessário o fechamento de fábricas, comércio, escolas, fronteiras, etc. E, por último, e não menos importante, quais os efeitos, os resultados dos seus atos, quais as consequências econômicas, sociais, psicológicas, etc., que o povo brasileiro terá que arcar e suportar.

A essa altura cumpre colocar o trabalho, assim como o Estado, não como o “SALVADOR”, mas, como função INSTRUMENTAL, isso quer dizer que não tem um fim em si mesmo, mas, um fim para o cidadão, para que, através dele, como instrumento, possa melhorar a sua condição e qualidade de vida, com reflexos em toda a sociedade.

Por fim, cumpre trazer uma questão relevante, que os atos do Estado Brasileiro deveriam basear-se na REALIDADE BRASILEIRA, não copiando os atos praticados na Europa, na China ou nos Estados Unidos, pois a nossa realidade, condição e identidade é diferente, é particular. Nós somos um país em desenvolvimento e a paralisação pode ter consequências diferentes e muito mais graves do que em países desenvolvidos, o que se revelou pela alta do dólar e do euro e a franca desvalorização do Real.

Além disso, reflete-se sobre as questões: quem vai pagar a dívida gerada com a Pandemia? De onde está vindo o dinheiro? E, principalmente, o que vamos ter que dar em troca dos empréstimos feitos?

Neste ponto, cumpre questionar se a Soberania Nacional foi ameaçada com o endividamento brasileiro.

Neste contexto, o Estado não perguntou à Sociedade, que representa, qual o seu desejo, qual a sua vontade e, principalmente, o que é melhor para o cidadão e para a economia nacional. O cidadão, por sua vez, também, não se manifestou, colocando-se nas mãos do Estado, como um filho assistido.

Neste sentido, o trabalho também pode ser visto como um instrumento para o desenvolvimento humano, sujeito ativo, protagonista responsável da sua vida e, não como sujeito passivo, cumprindo trazer o pensamento de Amartya Sen (2010, p. 11):

[...] As disposições sociais, envolvendo muitas instituições (o Estado, o mercado, o sistema legal, os partidos políticos, a mídia, os grupos de interesse público e os foros de discussão pública, entre outras), são investigadas segundo sua contribuição para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudança, e não como recebedores passivos de benefícios.

Isso quer dizer que, o indivíduo, pode ver o Estado ou o trabalho, por exemplo, como um valor, como um instrumento, mas não deve se colocar como sujeito passivo da situação, deve ser agente operador participativo.

De tudo isso, extrai-se uma lição positiva: algumas pessoas, não obstante a restrição imposta pelos governantes, se responsabilizaram e fizeram uma retomada de ação, não se abateram e tiveram uma retomada das suas atividades, minimizando os efeitos deletérios de uma parada geral obrigatória.

Revelou-se, mais uma vez, a criatividade<sup>30</sup> do povo brasileiro, criando novas formas e fontes de trabalho, servindo para fazer brotar uma parte de que estava escondida, que é a capacidade de reinvenção, de adaptação, de criatividade e a vontade de lutar para preservar a si mesmo e manter a soberania nacional. ☑

## NOTAS

- 1 Os coronavírus são uma grande família de vírus que causam doenças que variam do resfriado comum a doenças mais graves, como a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS-CoV) e a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS-CoV).  
O Covid-19 é a doença do coronavírus provocada pela nova cepa descoberta em 2019, que não havia sido identificada anteriormente em seres humanos. (Fonte: [https://www.msf.org.br/o-que-fazemos/atividades-medicas/coronavirus?utm\\_source=adwords\\_msf&utm\\_medium=&utm\\_campaign=covid-19\\_comunicacao&utm\\_content=\\_epidemias\\_brasil\\_39923&gclid=Cj0KCOjwLT1BRD9ARIsAMH3BtXmjSt-CFLcrqqqggsTX2WL-JAzUUbRysax9hrpbVl-9jH0NB4i-lwlaAk69EALw\\_wcB](https://www.msf.org.br/o-que-fazemos/atividades-medicas/coronavirus?utm_source=adwords_msf&utm_medium=&utm_campaign=covid-19_comunicacao&utm_content=_epidemias_brasil_39923&gclid=Cj0KCOjwLT1BRD9ARIsAMH3BtXmjSt-CFLcrqqqggsTX2WL-JAzUUbRysax9hrpbVl-9jH0NB4i-lwlaAk69EALw_wcB))
- 2 Epidemia é o aumento anormal do número de pessoas contaminadas por uma doença, numa região determinada, num país, mas que não toma proporções geográficas maiores: *epidemia de dengue no Brasil*.  
Pandemia é uma epidemia que se espalhou geograficamente, saindo do seu lugar de origem, especialmente falando de doenças contagiosas que assolam praticamente o mundo inteiro: *pandemia de Covid-19*. (Fonte <https://www.dicio.com.br/pandemia/>)
- 3 Revista Exame, Ed. 1205 -18.03.2020 – Ano 54, n. 05, p. 33
- 4 Arts. 14, I-III, 10, 29, X e XI, 31, § 3º, 49, XV, 61, §2º, III, e 204, II.
- 5 Art. 1º, V, 17 e 206, II.
- 6 [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)
- 7 isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus;
- 8 quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.
- 9 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm)
- 10 <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2020/decretolegislativo-6-20-marco-2020-789861-publicacaooriginal-160163-pl.html>
- 11 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm)
- 12 <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AD16341.pdf>

- 13 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
  - I – a soberania;
  - II – a cidadania
  - III – a dignidade da pessoa humana;
  - IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- 14 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
- 15 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
- 16 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
- 17 Sobre o conceito da dimensão de peso, cf. Ronald Dworkin, *Raking Rights Seriously*, pp. 26-27.
- 18 Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 82 ss; BARILE, *Diritti dell'uomo e Libertá fondamentali*, 1984, p. 42. Na solução desses conflitos, a Declaração Internacional dos Direitos do Homem serve, quando muito, como elemento de <ponderação> e nunca como elemento autônomo de restrição. Em sentido diferente, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 271.
- 19 Cfe. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1. ed. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 720.
- 20 Fonte: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>
- 21 <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2020/04/21/Quando-a-resposta-%C3%A0-pandemia-fere-direitos-humanos>
- 22 <https://veja.abril.com.br/economia/coronavirus-economia-brasileira-pode-sofrer-impactos-por-mais-de-dez-anos/>
- 23 <https://bizcapital.com.br/blog/consequencias-do-coronavirus-ultimas-noticias-sobre-a-covid19/>
- 24 Mestre em Direito com ênfase em Ordem Econômica Internacional. Especialista em Direito Público, em Direito do Estado com ênfase em Sistemas de Saúde. Professor. Membro da Procuradoria Federal Especializada da Comissão de Valores Mobiliários.
- 25 Fonte <http://genjuridico.com.br/2020/05/11/livre-iniciativa-covid-19/>
- 26 <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/entidades-pedem-retomada-gradual-da-atividade-econ%C3%B4mica-1.408642>
- 27 <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2020/06/governo-do-rs-recebe-67-recursos-para-reavaliacao-da-bandeira-vermelha-ckbz8tura001x0162ubgo2vij.html>
- 28 Sustentabilidade: Canotilho defende que a sustentabilidade é um dos fundamentos do que chama de princípio da responsabilidade de longa duração e que implica na obrigação dos Estados e de outras constelações políticas adotarem medidas de precaução e proteção, em nível elevado, para garantir a sobrevivência da espécie humana e da existência condigna das futuras gerações. (CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí: UNIVALI, 2012. – ebook –, p. 112).
- 29 <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2020/04/21/Quando-a-resposta-%C3%A0-pandemia-fere-direitos-humanos>
- 30 “A criatividade é a elaboração de competências específicas organizadas em novidade de função”. (Meneghetti, 2004, p. 28).

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. SUHRKAMP VERLAG, 1986, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5. ed. alemã, São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 19. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra, Portugal : Livraria Almedina, 1993.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade. Itajaí: UNIVALI, 2012. – ebook.

CLÈVE, Cléverton Merlin, BARROSO, Luis Roberto. *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional*, 2ª Triagem, vol. II, São Paulo: RT, 2013. Artigo de José Afonso da Silva, O Estado Democrático de Direito, Revista dos Tribunais. RT 635. Set. 1988.

DA SILVA, Nelson Lehmann. *A Religião Civil do Estado Moderno*. 2. ed. Campinas: Vide Editorial, 2016.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

MENEGHETTI, Antonio. *Personalidade Empresarial*. São Paulo: FOIL, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

PASSOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 4. ed. revista e ampliada. Itajaí-SC. : Univali, 2013. ISBN 978-85-7696-107-9 (e-book).

PETTER, Lafayete Josué. *Direito Econômico*. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

SEM, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Artigos e leis consultadas:

Revista Exame, Ed. 1205-18.03.2020 – Ano 54, n. 05, p. 33, ISSN

SOUZA, Clarissa Abrantes. As políticas assistencialistas e o pensamento de Hannah Arendt. <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46455/as-politicas-assistencialistas-e-o-pensamento-de-hannah-arendt>.

<https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2020/04/21/Quando-a-resposta-%C3%A0-pandemia-fere-direitos-humanos>

<https://www.migalhas.com.br/depeso/322604/a-importancia-da-constituicao-federal-e-a-adocao-de-medidas-publicas-no-combate-a-proliferao-ao-coronavirus>

<https://jus.com.br/artigos/67310/principios-constitucionais-fundamentais-e-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988>

A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 6. ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.1895 p. Modo de acesso: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. ISBN: 978-85-61435-99-8.

1. Direito constitucional, Brasil. 2. Tribunal Supremo, Brasil. 3. Constituição, Brasil. I. Título. CDDir -341.2A Constituição e o Supremo. 6. ed. ISBN: 978-85-61435-99-8.

<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>] <http://www.saude.sc.gov.br/coronavirus/decretos.html>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

<file:///C:/Users/CP/Downloads/3995-371375963-1-PB.pdf>

<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/23/analise-pandemia-do-coronavirus-ja-provoca-fuga-de-capitais-do-brasil.htm>

Fonte <http://genjuridico.com.br/2020/05/11/livre-iniciativa-covid-19/>

<https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb-05f3260626831375b1dae21477cb.pdf>.

[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm)

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2020/decretolegislativo-6-20-marco-2020-789861-publicacaooriginal-160163-pl.html>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm)

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>

<https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/entidades-pedem-retomada-gra-dual-da-atividade-econ%C3%B4mica-1.408642>

<https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2020/06/governo-do-rs-recebe-67-recursos-para-reavaliacao-da-bandeira-vermelha-ckbz8tura001x0162ubgo2vij.html>



**CLAUDETE INÊS PELICIOLI** é Advogada em Florianópolis/SC e RS. Mestranda em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI/SC (2019).

# O quarto poder

■ POR LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO

**“Poder-se-ia argumentar que, num tal modelo, a governança do Estado passaria, de fato, das mãos do chefe do executivo para o presidente do Poder Federativo, o que não procede, dado que a função do Poder Federativo não seria governar, fazer leis ou julgar demandas judiciais. O Poder Federativo seria um poder ativado pelo botão de emergência da instabilidade entre as instituições que chegasse a ponto de causar insegurança jurídica, verificados atos abusivos de direito, inconstitucionais.”**



**C**onta Montesquieu, em O Espírito das Leis, que, certa vez, Carlos II, rei da Inglaterra, passava por um local e viu um homem no pelourinho. Curioso, o monarca perguntou o que o homem havia feito para merecer a pena imposta, e lhe disseram: “Senhor, escreveu libelos contra seus ministros.” Carlos II teria retrucado: “Grande bobo! Por que não os escreveu contra mim? Não lhe teriam feito nada!”

A noção de “Estado” envolve um emaranhado conceitual onde termos como “poder”, “política”, “democracia”, “controle”, “povo”, “economia”, “soberania”, “cidadania”, “administração” e muitos outros pululam, elétricos, feéricos, mudando de sentido e significado conforme passam as etapas históricas da evolução humana.

A passagem narrada por Montesquieu sobre Carlos II traz consigo a carga de ironia que a relativização da estrutura de poder periodicamente apresenta, de acordo com o momento histórico vivido por uma sociedade. Tal como na época do monarca inglês, vive-se hoje em dia uma espécie de contrassenso, onde é crime capital falar mal de ministros, mas não do governante máximo.

O poder é um atributo do Estado, externado pela coerção e exercido pelo governante. É assim que funciona o pacto de governabilidade firmado entre povo e governo, numa espécie de contrato de adesão que logrou-se chamar, eufemisticamente, de “contrato social”. Não que a força seja a única base do Estado, pois então este seria despótico. É necessária também, e existe, a aceitação do povo quanto à instituição do Estado e a pessoa do governante.

É óbvio, porém, que o Estado se baseia na força, na coerção e na capacidade exclusiva de cobrar impostos para a manutenção de sua estrutura e existência. Assim, toda expressão de vontade proveniente do Estado busca, primordialmente, sua própria subsistência, sendo o bem comum um desejável e indispensável efeito.

Para garantir sua existência, o Estado precisa se firmar sobre instituições às quais distribui cuidadosa parcela de poder, de modo que estas instituições garantam controle sobre a sociedade governada, controle este exercido à custa de princípios técnicos, jurídicos, políticos ou ideológicos, o que for necessário para manter a “ordem social”.

Quando o Estado se personifica num único ser, o rei iluminado por Deus, é teoricamente mais fácil exercer este controle social, pois o poder concentra-se num homem, o qual está acima de tudo e de todos, isento de responsabilidade de qualquer natureza, sendo suas decisões perfeitas, indiscutíveis e irrecorríveis.

A divinização do governante e seu conseqüente distanciamento da natureza humana encontram eco no temor reverencial que o homem naturalmente sente em relação ao divino, ao sagrado, à força da natureza, enfim, tudo aquilo que julga sobrenatural. Impossível não lembrar uma das aulas de Foucault, onde cita ele que o imperador Sétimo Severo, em sua sala de julgamentos, mandou pintar no teto a imagem do céu tal como estava quando ele, imperador, nasceu. Em uma sala contígua, porém, à qual não era dado a estranhos entrarem, o imperador mandou pintar o céu como estivesse no dia em que chegasse sua morte.

Sétimo Severo reservou a constatação de sua finita humanidade para o segredo da sala contígua, deixando a público somente sua feição divina e, portanto, a certeza da correção e perfeição de seus julgamentos.

Nos dias atuais, o Estado se organiza de forma diferente, porém, apesar de não mais haver a divinização do governante, subsistem teimosamente ecos divinizantes

nos atos e decisões estatais, pois, por mais que a organização do Estado seja agora efetuada de forma técnica, funcional e sob o manto de uma pretensa laicidade, o controle social não prescinde do temor reverencial.

As togas pretas, as becas de formatura, a liturgia do cargo público, tudo rememora a natureza divina e perfeita dos atos administrativos e judiciais. Não é incorreta uma alusão a batinas, vestes sacerdotais. O rito processual é como um missal, a ser observado pelo cidadão contrito, durante a celebração solene do culto, traduzido pela audiência judicial ou administrativa, pela sindicância, pelo inquérito. O celebrante, tal como o sacerdote, é portador de inquestionável dogma de fé, e indiscutíveis serão sua fala e sua decisão em relação ao cidadão, somente modificada tal decisão mediante entendimento superior, tal como se submetem à Santa Sé os atos do clero.

O Estado é tudo isto que foi dito. Porém, o Estado é uma criação do homem. É formado por homens. Portanto, em sua composição, estrutura, organização, forma de dominação, ideologia, o Estado é um reflexo das virtudes e vícios humanos. O Estado é o homem.

Deste modo, ascender sobre o próximo, controlar, dominar, são características humanas. É importante lembrar que a noção de todos estes conceitos nasce de uma idealização, de uma chama do pensamento humano. O homem é a origem do que torna realidade sobre a Terra. Altera-se o homem, altera-se a realidade, alteram-se os conceitos.

Se o homem evolui biológica e psicologicamente, alterando o meio-ambiente e por ele, em contrapartida, sendo afetado, isto será refletido em alterações culturais, sociais, políticas, jurídicas e religiosas ao longo da história. Há, certamente, uma rede em funcionamento, onde é impossível analisar uma mudança política, por exemplo, sem analisar todos os outros aspectos, por mais distantes e isolados que aparentem ser.

Observar as reproduções cíclicas dos fenômenos históricos (observe-se quantas vezes a palavra “história” e seus adjetivos já foram utilizadas até aqui) ajuda a projetar cenários futuros e, principalmente, observar, de um ponto estratégico mais elevado, a extensão deste terreno volátil do existir humano. Nossos tempos ficam mais inteligíveis.

Tempos modernos para Chaplin, tempos líquidos para Bauman, o certo é que estes nossos tempos são peculiares, por sua feição única na história: uma feição digital, tecnológica, antropocênica, numa cadeia de redes da qual já não se tem mais a noção de início e fim, na qual a informação corre e se acumula à velocidade da luz.

Paradoxalmente, são também tempos estéreis para o exercício do conhecimento geral e férteis para os microconhecimentos, ou seja, para o saber delimitado, especializado, segmentado, de acordo com nossos interesses primários, mais próximos, locais. É um poder sistêmico que se alimenta dos nossos poderes individuais ou institucionais, que engole a microfísica do poder.

Esta pulverização dos saberes resulta de nossa cada vez maior necessidade de rapidez e imediatismo e torna ao monolítico Estado clássico difícil controlar uma sociedade dinâmica, complexa, tentacular, enciclopédica como a atual.

O imperador Adriano, preocupado com a falta de controle sobre quais seriam as reais dimensões e limites do império romano, o que atrapalhava sua administração

e defesa, quis mandar construir um muro, a fim de poder ter noção do tamanho e fronteiras de suas posses. Obviamente, não conseguiu, dada a complexidade física da tarefa. O império romano amealhou tão extenso território que não mais podia administrá-lo.

Por outro lado, Jorge Luis Borges, em “A biblioteca de Babel”, nos fala do mundo (e do homem e sociedade) como uma biblioteca constituída de gabinetes hexagonais interligados, sem fim e sem início, como sem fim e início é o seu acervo. Não pode mais o Estado tentar cercar com uma espécie de “muro de Adriano” uma sociedade que é “‘A biblioteca de Babel’ de Borges”.

Enquanto o Estado continua monolítico, condensado, tridimensional e analógico, a sociedade evoluiu para tornar-se fragmentada, descentralizada, interligada em rede, um conjunto infinito de sistemas de cultura, conhecimento, ideias, sensações e pensamentos, em relação hiperdimensional, digital.

Nesta troca de papéis, o Estado se vê preso no pacote do imobilismo burocrático de suas ações e políticas, pacote este selado com a fita do utilitarismo, do servilismo e dos interesses pessoais. A consequência é que o Estado clássico, como o conhecemos há mais de dois séculos, faliu. Já não atende mais à sociedade que o define. Para os adeptos do contratualismo de Rousseau e Hobbes, é como se houvesse uma alteração contratual que o Estado não pudesse subscrever, por lhe faltar qualidade essencial estrutural.

A velocidade de transformação do homem, da sociedade, da técnica, da tecnologia e da ciência não é seguida pela política. Há um novo mundo organizando-se por um novo homem, uma nova relação de meios de produção e de consumo. Um novo cenário de relações humanas, agora dividido entre o meio natural e um meio artificial criado pelo próprio homem.

Entender este panorama ajuda a entender por que o sistema político de um país se torna insuficiente para atender às demandas advindas de tantas alterações. Justifica toda uma digressão filosófica que antecede a abordagem específica de um quarto poder da república.

São muitos os países no mundo que utilizam-se da tripartição de poderes idealizada por Montesquieu (executivo, legislativo e judiciário) como pilar de uma governança democrática, baseada no sistema de freios e contrapesos: os três poderes são independentes e harmônicos entre si, havendo uma espécie de “auto regulamentação compartilhada” que delimita até onde um poder pode adentrar a área de atribuição do outro sem que isto caracterize invasão indevida e abusiva de competência.

Países que adotavam a monarquia costumavam nela encarnar um “quarto poder”, que se destinava a intervir quando a ordem pública, social e o equilíbrio institucional se vissem ameaçados por tensões institucionais entre os três poderes. No Brasil, durante a fase do império, tal poder denominou-se “Poder Moderador”.

A ideia, em sua essência, era boa. Caso os três poderes não se entendessem entre si, o poder moderador atuaria, numa espécie de “arbitragem” ou mediação, decidindo a questão e pondo fim à dissensão institucional. O problema, ali, foi nos detalhes estruturais: o poder moderador era personificado em uma só pessoa, o imperador, e não num colegiado. Além disso, a quem recorrer em caso de abusividade do poder moderador?

Personificar um quarto poder com tal atribuição na figura individual do imperador não parecia trazer segurança jurídica, por mais culto e justo que fosse o governante. Por outro lado, em caso de uma decisão equivocada, como reexaminá-la, se seu prolator estava acima dos outros poderes?

Trazendo a discussão para o panorama atual, nota-se, hoje em dia, que um crescente ativismo judicial, originado da politização da justiça trazida por constituições de países como, por exemplo, o Brasil, aliado a uma judicialização da política e crescentes desencontros ideológicos entre os poderes, tem causado estremecimento entre os três poderes, aumentando ainda mais a intervenção descabida de um sobre o outro.

O modelo inglês de integração e o modelo norte-americano de separação entre os poderes são substituídos pelo modelo brasileiro da invasão entre os poderes, são as palavras trazidas por Celso Campos em “A constituição contra o Brasil”. A posição ranzinza de Celso Campos sobre a teratologia, notadamente econômica, da Constituição de 1988, infelizmente é verdadeira.

Trata-se de uma constituição federal descolada da realidade desde seu nascedouro. De acordo com seu texto, a partir de 05 de outubro de 1988 estão eliminados de nossa plêiade de problemas a fome, a desigualdade e a má distribuição de renda. Então, levanta-se os olhos do papel e a realidade em volta insiste em negar o sonho infantil pregado pelo texto constitucional.

Nascida sem vinculação com a realidade, prolixa, mal escrita, ideologicamente viciada, a Constituição de 1988 foi remendada mais de cem vezes ao longo destes anos, tornando-se um compilado de soluções emergenciais paliativas, sem eficácia, sem implementar o que prega, e é uma das principais causas dos embates institucionais que paralisam o Brasil hoje em dia.

O texto constitucional de inspiração socialista no tocante a direitos sociais, paradoxalmente reflete, na verdade, o instinto protetor da aristocracia que guiou Aristóteles, Locke e Montesquieu na idealização de um sistema tripartite de poder e a empreitada norte-americana de criação e execução do sistema de freios e contrapesos.

José Américo M. Pessanha e Bolivar Lamounier lembram que Montesquieu

“... opta claramente pelos interesses da nobreza, quando põe a aristocracia a salvo tanto do rei quanto da burguesia. Do rei, quando a teoria da separação dos poderes impede o Executivo de penetrar nas funções judiciárias; dos burgueses quando estabelece que os nobres não podem ser julgados por magistrados populares. (...) (...) Por outro lado, como autêntico aristocrata, desagrada-lhe a idéia de o povo todo possuir poder. Por isso estabeleceu a necessidade de uma Câmara Alta no Legislativo, composta por nobres. A nobreza, além de contrabalançar o poder da burguesia [estamento social em rápida ascensão social e econômica na França dos séculos XVII e XVIII], era vista por ele como capacitada, por sua superioridade natural, a ensinar ao povo que as grandezas são respeitáveis e que monarquia moderada é o melhor regime político.” Pessanha, José Américo Motta e Lamounier, Bolivar: Montesquieu (1689-1755): Vida e Obra. p. XXIII.

Observe-se que Montesquieu fala de poderes efetivamente separados e sob controle, equilibrados. O equilíbrio é a ideia mais recorrente em Montesquieu, mais do que a própria ideia de tripartição. Tudo, então, é para possibilitar a

sobrevivência e hegemonia do Estado, e não para alcançar o bem comum e a liberdade do povo.

Chama a atenção o que Angela Cristina Pelicioli afirma, em publicação de 2006. Os aspectos trazidos pela autora, bem como a longevidade do texto, fizeram com que a análise se detivesse um pouco mais sobre seu teor. Ali, se lê:

É certo que a teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do chamado Estado Constitucional. Utiliza-se o termo separação dos poderes, mas sabe-se que o poder do Estado é uno e indivisível. Em verdade, esse poder é exercido por vários órgãos, que possuem funções distintas. ([https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril\\_v43\\_n169\\_p21.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf))

Refere-se a autora a uma já mencionada tripartição de competências dentro de um poder uno. A institucionalização burocrática das atribuições cada vez mais crescentes e interseccionadas destes poderes foi, ao longo do tempo, viciando o processo, a ponto de o sistema de freios e contrapesos, hoje em dia, ter sido desvirtuado, passando de estabilizador da harmonia entre os poderes para facilitador de ações políticas de invasões recíprocas de competências.

Isto, é claro, significa o desvio da ideia original de defesa da aristocracia e desagua numa realidade onde a finalidade da tripartição de poderes incorpora a pauta libertária ideológica da busca pelo bem comum do povo. Pelicioli afirma:

A separação dos poderes, que, em última instância, objetiva manter a paz na sociedade e assegurar o gozo da liberdade, evitando a arbitrariedade e o autoritarismo, pode estar, nos dias atuais, em cheque, caso não se esclareçam, com a maior precisão possível, as legítimas esferas de atuação de cada Poder. (op. cit.)

Note-se: a autora já dizia isto em 2006. Quatorze anos depois, a previsão se realiza: com os embates políticos e ideológicos substituindo a razão, as instituições perderam, cada uma, a régua do limite de sua atuação. Atos que flertam com o autoritarismo, com o abuso de poder e com as inconstitucionalidades nascem a partir desta moderna e peculiar interpretação do sistema republicano sobre a atuação dos três poderes do Estado.

Interessante notar que, da forma como atuam hoje em dia, os três poderes não constituem um *corpus* harmônico de funcionamento estatal, antes parecem três Estados distintos que se desentendem e se invadem mútua e sistematicamente. A desordem e a insegurança são naturalmente decorrentes de um tal descortinar de coisas.

Desta situação decorre que os três poderes tendem a se considerar autossuficientes e, por bastarem a si mesmos e se fiscalizarem internamente, levam a um problema metafísico quando se deparam com a necessidade prática de limitação jurídica, ética e disciplinar de suas ações: quem fiscaliza o fiscal, quem controla o controlador? A quem recorrer contra ato ou decisão ilegal de instituição de última instância?

No Brasil, a título de exemplo, quem detém o poder de “fiscalizar” ou “punir” juízes da mais alta corte constitucional é o Senado Federal. Já quem tem o poder de fazer o mesmo em relação a atos do Senado Federal é a mais alta corte constitucional.

Isto leva a uma primeira ideia de uma necessária e eficiente fiscalização recíproca, mas na natureza dúbia do homem isto também poderia levar à absurda (mas teoricamente viável) ideia de uma conveniente “paz institucional”: eu arquivar os pedidos de impeachment contra os senhores juizes, os quais, por sua vez, deixam falecer nos escaninhos tentaculares da prescrição as ações contra os senhores senadores.

Este temor, por mais que se esteja falando de um exemplo hipotético, tende a trazer ao homem médio o calafrio da sensação de impunidade, ante apenas a hipótese, quanto mais se acontecesse na prática. A única solução, parece, seria a humildade de reconhecer a inviabilidade do sistema de poder atual.

O nome “Poder Federativo” é encontrado em Locke, porém este autor formula seu conceito diferentemente do aqui proposto. Locke, por sinal, faz uma certa confusão entre os poderes federativo e executivo e sua atuação frente às demais esferas de poder, a ponto de Bobbio referir-se a uma teoria da separação e subordinação (e não de equilíbrio) dos poderes em Locke. O próprio Montesquieu acreditava na existência explícita dos poderes legislativo e executivo, ao passo que o judiciário seria um poder sem rosto, imparcial, asséptico mesmo, o que, é certo, não passa de mera teorização.

O que Pelicoli, já mencionada, citando Piçarra, mostra, é que o sistema de freios e contrapesos, invenção norte-americana, não visava um equilíbrio entre os poderes, e sim “a predominância cíclica entre eles”. A tripartição de poderes foi, aos poucos, tornando-se uma teoria de funções estatais:

Os ensinamentos de Montesquieu reproduziram-se por toda Europa continental e, nos Estados Unidos da América, foi criado o sistema de freios e contrapesos entre órgãos constitucionais democraticamente eleitos, direta ou indiretamente, pelo mesmo povo soberano, ficando estabelecida assim a separação dos poderes. A prática constitucional veio “revelar que o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles” (PIÇARRA, 1989, p. 184). A separação dos poderes foi associada, por Montesquieu, ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais e acolhida, pelos revolucionários franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (BONAVIDES, 1999, p. 156-157). A separação dos poderes, como limitadora do poder público, pretende favorecer a abstenção do Estado, garantindo o gozo efetivo dos direitos de liberdade perante o Estado. Surgida, originalmente, para impor a liberdade e a segurança individuais, a redução do Estado pelo Direito conduziu a que a tripartição se convertesse numa teoria das funções estatais e que cada poder corresponderia a uma função estadual materialmente definida. A função legislativa traduzida pela forma como o Estado cria e modifica o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas e inovadoras; a função jurisdicional se destina à conservação e à tutela do ordenamento jurídico proferindo decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais; e a função executiva concretiza-se quando o Estado realiza os seus objetivos, nos limites impostos pelas normas jurídicas (PIÇARRA, 1989, p. 248). Essa classificação baseia-se na condição de que o Estado e o Direito se identificam.(op. cit.)

Não se deve aqui ceder à tentação de falar sobre a ideia de bipartição de poderes ou de negação de separação real entre eles, trazida por Kelsen, pois o referido autor,

por si só, demandaria um livro somente para discutir suas ideias. O fato é que a tripartição de poderes é uma ficção política e jurídica, e o Estado tentou adotá-la ao longo da história, porém a experiência nunca deu certo. Por sinal, como a maioria das ficções humanas, o tema causa controvérsia. Veja-se a ideia do direito natural, outro conceito criado pelo homem, e que suscita debates até hoje, pois há os que consideram um equívoco a aceitação de tal ideia, já que o direito nada teria de natural e, criado pelo homem, seria, portanto, artificial.

Pelicioli, então, conclui:

Não obstante, na terra natal de Montesquieu, o exame da constitucionalidade somente se dá antes da entrada em vigor da lei, ainda na esfera dos seus projetos, por um Conselho Constitucional de natureza política. Nos dias atuais, a separação dos poderes caracteriza a ideia de Estado constitucional democrático e não existe país democrático que não possua essa regra em sua Constituição. De há muito ensina Duguit ser a separação absoluta de poderes uma ilusão “que desde o ponto de vista lógico não pode conceber-se; isto porque qualquer manifestação de vontade do Estado exige o concurso de todos os órgãos que constituem a pessoa Estado.”<sup>22</sup> Por tal razão, a separação dos poderes deve ser encarada como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político no interesse da paz e da liberdade, modificando-se, como tudo “no entre-os-homens”, de acordo com as condições históricas de cada povo.(op. cit.)

A impressão que fica é a de que nenhum dos três poderes hoje conhecidos se salva. Judiciário tem cada vez mais se arvorado na condição de governante executivo, ao estabelecer condutas criminais sem lei anterior que as defina (vide caso da criminalização da homofobia com base na lei do racismo (?), causando interferência indevida no legislativo, pois só é crime aquilo que a lei assim define, e quem legisla é o legislativo), proibindo condutas estabelecidas pelo executivo de forma privativa pela constituição (como na proibição do presidente da república de nomear pessoa para cargo diretivo da polícia federal, quando tal nomeação é de exclusiva, autônoma e independente iniciativa do chefe do executivo), e assim por diante, em flagrante inobservância dos preceitos constitucionais.

Do mesmo modo, quando o poder executivo tenta atropelar o poder legislativo editando medidas provisórias cuja matéria é da alçada de lei ordinária, ou quando o legislativo deixa de pautar pedidos de impeachment de chefe do poder executivo ou de ministro da corte constitucional ou, ainda, deixa extinguirem-se medidas provisórias por sua não apreciação no prazo legal.

Neste cenário, fica claro que as instituições ou exacerbam ou mesmo se desviam inteiramente de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas. O desrespeito institucional e ao texto constitucional leva à constatação de que as instituições não estão funcionando devidamente, o Estado se vê convulsionado pelo desequilíbrio institucional e, por conseguinte, a ordem pública e social, a segurança jurídica e, em maior grau, a segurança nacional, se veem ameaçadas. O que impede o homem de assumir a correção deste ponto de vista é mais o medo do que virá após a tempestade do que a crença real de que o mar está em calmaria. E se uma nova ordem constitucional e um novo Estado estruturado de forma diferente resultarem piores do que o que aí está?

Num mundo de crescimento tecnológico, técnico, social e informacional, a sociedade avança e as leis não. O sistema jurídico não é capaz de acompanhar a dinâmica do tecido social. Os três poderes clássicos já não se adaptam a este mundo, a esta realidade. A necessidade de um quarto poder, o fiel da balança, efetivamente se impõe, mas não pode ser um poder nos moldes do extinto poder moderador imperial. Deve ser um quarto poder lastreado na representatividade, na legitimidade e na legalidade.

Costuma-se dizer que a ideia de um grupo de pessoas estabelecendo o que todos devem fazer soa antidemocrático, porém, convenhamos, não é assim que sempre vivemos sob a égide do Estado? O que são os governantes, os legisladores, os juizes, senão um grupo de pessoas dizendo o que podemos ou não fazer? Assim, o ponto principal não parece ser este, e sim como este grupo de pessoas chegou à posição de estabelecer normas e como o fazem, bem como os resultados daí advindos.

Se este grupo de pessoas se reuniu sob critérios unicamente pessoais e se auto-proclamou “iluminado” para ditar e gerir os atos de uma sociedade, não parece haver legitimidade que lhe dê ao menos laivos democráticos. Se, porém, este grupo foi elevado a gestor institucional e social pelas mãos da própria sociedade e compõe-se de representantes dos outros poderes e instituições, nada mais temos do que mais um campo de atuação da chamada “democracia representativa”.

A constituição do império brasileiro, de 1824, em seus artigos 98 e seguintes, trazia a definição e atribuições do poder moderador, a saber:

“Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são “Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil” e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I – Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43.

II – Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III – Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV – Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provincias: Arts. 86, e 87. (Vide Lei de 12.10.1832)

V – Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI – Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII – Suspendendo os Magistrados nos casos do art. 154.

VIII – Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX – Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.”

É fácil notar, pelo texto transcrito, que o poder moderador de 1824 não é apenas um poder fiscalizatório e conciliatório. Ao contrário, o poder moderador da constituição imperial eclipsava os demais poderes, a ponto de torná-los meramente decorativos. Tanto é verdade que, no referido texto constitucional, destaca-se, já de saída, que tal poder é “a chave de toda organização política”, o que revela estar sustentado todo o império, todo o Estado, no poder moderador.

E o poder moderador era encarnado na pessoa do imperador, ao qual competia privativa, exclusivamente, seu exercício. Poder moderador e imperador eram um só corpo. Tanto é assim que, no artigo 99 a seguir, não por acaso, a pessoa do imperador é definida como inviolável, sagrada e não sujeita a responsabilidade alguma.

Trata-se, é certo, de um texto redigido ainda sob as luzes do ideário da realeza divina, legítima representante de Deus sobre a Terra, para reinar sobre seu povo. Um ideário clássico, portanto. Inviolável, sagrado e isento de qualquer responsabilidade, o imperador, no exercício do poder moderador, poderia emitir a decisão que bem lhe aprouvesse, decisão esta tida como perfeita, inspirada, acima do bem e do mal e, nestas condições, inquestionável e irrecorrível.

Os incisos do art. 101 demonstram que o imperador (e, via de consequência, o poder moderador), além de simplesmente funcionar como árbitro, intermediário, mediador numa contenda entre poderes, detinha, na verdade, todos os três poderes convencionais em suas mãos: legislativo (nomeando senadores, convocando ou dissolvendo a Assembleia Geral, sancionando decretos e resoluções para terem força de lei), executivo (nomeando e demitindo livremente ministros de estado) e o judiciário (suspendendo magistrados, perdoando penas judiciais etc).

Uma tal concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, no atual estágio político mundial, soa anacrônico e nada liberal. Evito o termo “democrático”, pois, como já escrevi em outras oportunidades, para mim, a democracia é uma ficção humana, um mito nunca concretizado.

Não se trata de debater sobre regimes democráticos ou autoritários, mesmo porque é possível uma monarquia parlamentarista, constitucional, legítima e consensual e, de outro lado, uma república autoritária, fascista, viciada. A discussão deve ser, creio eu, apenas sobre a necessidade de um quarto poder que seja capaz de resolver os embates entre os três poderes conhecidos, quarto poder este legitimado e autorizado por sua própria composição e suas finalidades e atribuições bem definidas.

A imprevisibilidade de alguns acontecimentos mais recentes demonstra a necessidade de se pensar seriamente em um poder representativo e conciliador. O estado atual já não possui a capacidade de atender às demandas de uma sociedade cada vez mais pulverizada em suas aspirações, regionalizada em suas demandas e, paradoxalmente, globalizada e dinâmica em suas interações cotidianas.

A própria estrutura clássica do “Estado” está saturada, prisioneira de seu inchaço, sua burocracia em excesso, seus processos engessados, lentos, sua cada vez maior necessidade de expansão estrutural e conseqüente expansão orçamentária, num círculo vicioso que resulta na ineficiência e, por vezes, na inoperância estatal mesmo. O célebre dito popular de que “o elefante é um rato projetado pelo Estado” nunca esteve tão em voga.

Não é mais possível ao Estado deter-se indefinidamente em infindáveis análises de macroprocessos, processos e subprocessos na gestão de projetos, em

intermináveis estudos sobre milhares de leis muitas vezes mal escritas e contraditórias entre si, quando, na outra ponta, está uma sociedade que se movimenta na velocidade do algoritmo, num clique, no agora. O abismo se forma, entre as aspirações desta sociedade e o que o poder público oferece, num desacordo que traz insatisfação ao cidadão.

O cidadão, por sua vez, confrontado com o hiato entre suas necessidades e aspirações e a insuficiência do que o Estado pode lhe oferecer, tende a desenvolver o sentimento de descrédito e revolta. É aqui que começam as iniciativas populares de se substituir ao Estado: justiça com as próprias mãos, linchamentos, por exemplo, como expliquei em “Linchamento de criminosos – Durkheim explica.”

Em suma, o Estado clássico, tradicional, como o conhecemos, faliu. A verdade é que o Estado nunca teve condições de cumprir o que prometeu aos seus cidadãos. No decorrer dos últimos cem anos, porém, esta insuficiência atávica se tornou mais e mais evidente. A evolução tecnológica trouxe novos empregos e funções. A evolução técnica trouxe novos saberes. Mais uma vez, a ciência fez girar a roda do mundo. E isto acarretou uma cada vez mais veloz alteração nas estruturas sociais, nas relações de trabalho, nas necessidades de consumo. Enquanto isto, o Estado continuou com seus princípios, processos, conceitos e dinâmica de duzentos anos atrás.

Este atraso, este peso estatal, é ainda pior quando se constata que o Estado detém, também, o monopólio da maioria de seus serviços. Considerando que entre estes serviços estão segurança, saúde e educação, é fácil notar a real gravidade pelo seu não fornecimento adequado.

No que concerne aos três poderes conhecidos, legislativo, executivo e judiciário, época houve em que se criava, verdadeiramente, que seriam capazes de se auto regularem em suas relações interinstitucionais, controlando, de forma recíproca e balanceada, a pequena elasticidade entre suas fronteiras e limites de atuação. A realidade, porém, demonstrou que havia uma gama de fatores não previstos, interferindo nesta relação idealizada. A índole exploratória e gananciosa do homem, os custos de uma atuação estatal, as possibilidades econômicas e financeiras do povo, a sanha pelo poder, até mesmo as intempéries e cataclismas naturais, enfim, uma série de eventos contribuiu para mostrar que o homem esqueceu de combinar com o universo o resultado exitoso da experiência tripartite do poder do Estado.

Um exemplo claro é o de um hipotético tribunal cuja criação, composição e funcionamento foi pensado numa época em que a população de seu país era seis vezes menor do que a atual e a judicialização de questões era rarefeita, num território com 80% de sua extensão constituído de zonas rurais, ausência de tecnologia e informação.

Agora imagine-se este mesmo país, décadas depois, após significativa explosão demográfica, radical transformação do principal polo de produção econômica, de rural para industrial e urbana, e expansão geométrica no número de processos submetidos àquele mesmo tribunal, o qual, por sua vez, continua mantendo a mesma composição e funcionamento.

A consequência lógica é a ineficiência na prestação da tutela jurisdicional por este tribunal, com incontáveis casos de prescrição, processos arrastando-se inconclusos por décadas, aliado ao aumento de seus custos operacionais e de pessoal.

Na tentativa de conferir celeridade aos julgamentos, as decisões monocráticas tornam-se o comum, e as colegiadas a exceção. Um pesadelo contraproducente, desviado de sua finalidade primordial, contrário ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Abalo do estado democrático de direito e consecutória insegurança jurídica, portanto.

Se este panorama citado ocorre no tribunal exemplificado, igualmente será visto no congresso de representantes do povo, num sistema de democracia representativa. Aqui, porém, será por uma natureza essencial de impossibilidade de funcionamento prático desta representatividade, agora por excesso de integrantes da casa e, tal como no caso anterior, aumento desmesurado de custos e uma invulgar desconexão entre os interesses dos representantes e as necessidades e anseios dos representados.

Importantíssimo é observar que, atualmente, não é mais possível discutir um conceito ou um processo sem analisar elementos interligados, elementos estes que, até bem pouco tempo, não eram vistos como vinculados e sim como ilhas, estanques. O homem, democracia, meio ambiente, são temas obrigatórios nesta análise. São conceitos que vão explicar por que as coisas são como são, por que ocorreram de forma que não pudemos prever.

Existe, atualmente, um ambiente sistêmico, onde todos os fatos nele observados influem em todas as consequências nele constatadas. A análise do poder moderador de 1824 leva a estudar o homem como ser humano e não o sagrado, o homem desenvolve ações que influem no meio e determinam processos essenciais, inclusive a própria manutenção da vida, o meio leva à alteração cultural e econômica, as quais desaguam em alterações políticas e sociais abrangentes e, nestas alterações, pode-se chegar à conclusão de que o conceito humano e sagrado de uma era já não é mais recebido pela época atual, o que pode ser exemplificado na sucessão de constituições federais que não reproduziram o artigo 98 da constituição de 1824.

Assim, o ideal é uma solução eficaz, seja ela qual for, desde que seja para o bem e capaz de alterar o estado de coisas à nossa volta, que já dura desde sempre, e nunca muda. E esta solução passa pela criação de um “quarto poder”, o Poder Federativo cujo nome tomo emprestado de Locke.

A expressão “quarto poder” veio entre aspas porque, na verdade, foi assim dito para que se fixe melhor sua posição como um poder da federação que não se confunde com os demais. Um maior aprofundamento da ideia, porém, mostra que o Poder Federativo, seria o único poder do Estado. Isto explica-se pela constatação, já explicitada em momento anterior deste texto, de que o poder é uno e indivisível.

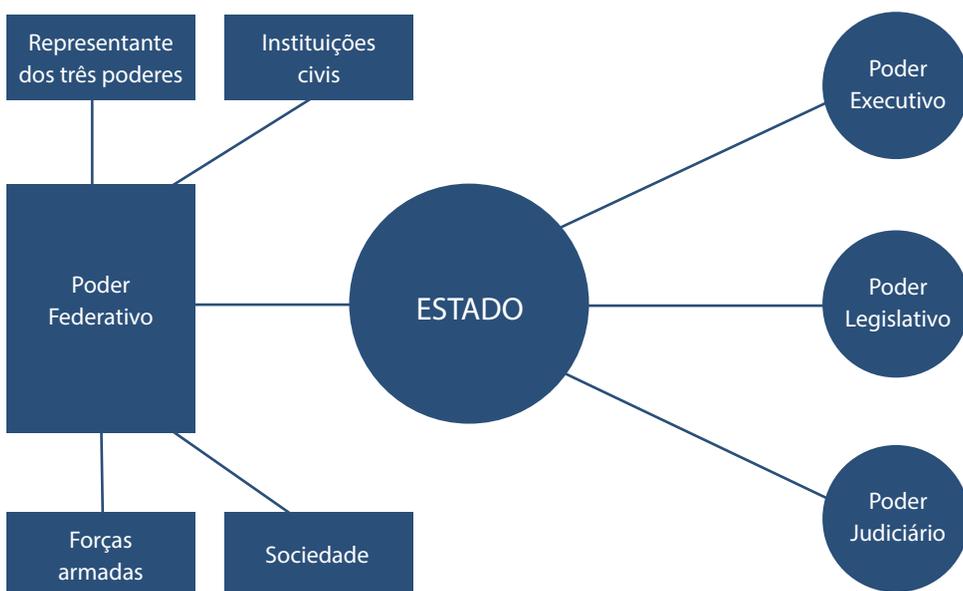
Sendo uno e indivisível, não é de tripartição de poderes que se fala quando tratamos de conceituar legislativo, executivo e judiciário, e sim, repete-se, de tripartição de competências. A segmentação tripartite deve ser funcional, não político-estrutural. A estrutura ideal seria o Poder Federativo, integrado por legislativo, executivo e judiciário, acrescido de um plenário de resolução de embates institucionais.

Poder-se-ia argumentar que, num tal modelo, a governança do Estado passaria, de fato, das mãos do chefe do executivo para o presidente do Poder Federativo, o que não procede, dado que a função do Poder Federativo não seria governar, fazer leis ou julgar demandas judiciais. O Poder Federativo seria um poder ativado pelo botão de emergência da instabilidade entre as instituições que chegasse a ponto de causar insegurança jurídica, verificados atos abusivos de direito, inconstitucionais.

O governante governaria, o legislador legislaria e o juiz julgaria, porém, quando um destes atores praticasse ilegalidades ou abusos que configurassem confusão essencial entre os limites de atuação dos poderes constituídos, a demanda seria levada ao plenário do Poder Federativo. Observe-se: não se trata de demanda judicial, a demanda em curso aqui referida e submetida ao Poder Federativo, seria administrativa, ocasionada por ato que implicasse em desequilíbrio na harmonia entre os três poderes.

Com funcionamento permanente, mediante provocação do interessado (poder público, setor privado ou cidadão) que aponte grave ofensa ao equilíbrio institucional entre os três poderes (e não o mérito em si do ato questionado), o Poder Federativo não traria aumento de custos significativos, pois presume-se que, ao contrário do que aqui se criticou, não seria dotado de estrutura inchada e desnecessária.

Grosso modo, imagina-se uma estrutura desta forma:



Com presidência periódica e rotativa, não se poderia acusar o Poder Federativo de monopólio ou parcialidade, hegemonia indevida ou feudo de poder. Com amplo espectro representativo, não se poderia tachar de regulador ao excesso tal poder. Para estudá-lo, necessária é a sublimação de todo o interesse pessoal, tratando o tema como fundamental para a segurança do Estado e da sociedade. Uma alteração de paradigma ético, jurídico e político. E ainda que nada mude, este autor deseja fixar-se como uma voz que se levantou em seu tempo contra a subversão da finalidade do Estado.

ARQUIVO PESSOAL



**LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO** é Delegado de Polícia Civil. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires – Argentina. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito e Processo Penal. Escritor. Pesquisador. Professor universitário de graduação em Direito, Ciências Políticas e de pós-graduação em Direito e em Gestão Pública. Membro da Sociedade Internacional de Direito Criminal (International Criminal Law Society – Berlim – Alemanha. Sócio efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior – São Paulo (Seção brasileira da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale – SIDTSS – Suíça). Membro da Société Française pour le Droit International – Université Paris Ouest Nanterre La Défense – Paris – França. Membro do Institut des Hautes Études sur la Justice – IHEJ – Paris, França. Membro da Associação Internacional de Direito Penal – Paris, França. Membro do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário – IBRAJUS. Membro do Instituto Histórico e Geográfico do Espírito Santo.



# Pagamento antecipado de contrato. Viabilidade. Estado de calamidade

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

**“Deve sempre o poder público ter presente que a antecipação de pagamentos contratuais não está neste momento sendo inventada pela empresa consulente. Com efeito, já existia e vinha sendo exercitada no direito brasileiro.”**

Pagamento antecipado de contrato público. Viabilidade, dentro de determinadas condições. A garantia. 1. É juridicamente possível o pagamento antecipado, total ou parcial, de valores contratuais ao contratado pelo ente público contratante. Ainda que excepcional a medida, tanto a lei nacional de licitações indireta e condicionadamente autoriza a operação, quanto a Medida Provisória nº 961, de 2020, dentro do período de calamidade pública decretado pelo Congresso Nacional em março de 2020 em razão da pandemia de coronavírus, autoriza expressamente a antecipação, desde que justificado o interesse público ou a significativa economia de recursos. 2. Com muito mais razão está autorizada a antecipação se coberta por garantia oficial pela parte contratada.

**R**ecebemos consulta, nesta ocasião da macabra pandemia do novo coronavírus que impôs isolamento social e quarentena ao País como se fossem poucas as desgraças que sobre nós se abatem desde o descobrimento em 1.500, sobre antecipação de recebíveis em contrato administrativo. Trata-se da velha questão do pagamento (parcial) antecipado de contrato, antes da liquidação (parcial) da despesa.

Mantendo a empresa consulente já há alguns anos três contratos de transporte com uma Prefeitura Municipal – escolar, rural e de pacientes –, todos os envolvidos neste contrato, como de resto em quase qualquer contrato em todo o Brasil, foram vítimas a partir de março de 2020 dos efeitos unicamente nefastos da atual pandemia do coronavírus – Covid-19.

Essa assustadora praga que lembra a peste negra ao final da idade média, ou a dita gripe espanhola de 1918 que matou mais de cinquenta milhões de pessoas, literalmente afetou a todas as atividades humanas de modo drástico, a começar por impor um isolamento social que ainda vigora e cujos efeitos destrutivos ainda estão longe de ser dimensionados.

Foi por esse motivo suspensa a execução dos três contratos a partir de março de 2020 por ordem da Prefeitura à empresa e assim se encontra nesta situação até o momento, sem previsão da retomada da execução daqueles essenciais serviços em face da imponderabilidade da situação.

Diante do quadro absolutamente inusitado e jamais imaginado ou vivenciado no país, a consulente, cuja receita caiu a quase zero a partir da suspensão da execução e vendo-se na iminência de precisar até mesmo encerrar suas atividades caso não consiga honrar pelo menos os compromissos inadiáveis como com a folha de pagamento e os tributos devidos, formulou três pedidos ao Executivo, de *antecipação* de ao menos metade dos recebíveis em abril de 2020.

Se deferido esse pleito, os valores antecipados deverão ser descontados das parcelas mensais que a consulente terá a receber a partir do reinício das atividades contratadas, ocorra isso quando for, até a compensação total.

Importantíssimo é mencionar que, como condição prévia para poder dar sequência à tratativa, tanto a Prefeitura exige quanto a consulente oferece garantia idônea, dentre as previstas no art. 56 da Lei nº 8.666 de 1993, que assegure o patrimônio público em caso de qualquer intercorrência ou eventualidade na execução do restante dos contratos, de modo a tranquilizar o poder público quanto a este aspecto.

Por fim, a empresa recebeu sobre o seu pleito parecer do Departamento Jurídico da Prefeitura, favorável ao deferimento, desde que a antecipação seja adequadamente garantida pela empresa, na forma da legislação aplicável. E diante disso indagou:

a) é juridicamente viável, aceitável e razoável o deferimento dos pleitos da consulente pela Prefeitura Municipal ?, e

b) em caso afirmativo, como poderia ser concebida a previsão contratual que contemplasse as três antecipações, e como seria veiculada: aditamento aos contratos ou contrato autônomo?

Vivemos com todo efeito uma situação antes única do que rara em nosso país, que por acaso não é exceção ao que ocorre no resto do mundo. Todas as instituições precisam ser revistas e sopesadas de forma inédita, e este constitui o maior

desafio para as autoridades de todo nível e de qualquer dos poderes do Estado. O normal neste momento passa a ser o *novo normal*, algo que em outra circunstância beiraria o ridículo.

Como tudo anterior, também o direito anterior exige reanálise e adaptação, tendo restado evidente que a Administração pública tem poder quase de vida e de morte ante os administrados e seus direitos pessoais, as empresas de toda natureza, os serviços públicos e privados, o comércio, as liberdades mais essenciais, a atividade cultural, o esporte e o lazer, o turismo, os usos e costumes, enfim todo o plexo das atividades humanas, sejam profissionais, sejam de caráter pessoal.

De vida ou de morte, sim, porque a quebradeira está se generalizando cada dia mais, após quatro meses, dias de paralisação forçada. O desespero ganha corpo e toma conta da atividade empresarial.

Os trabalhadores autônomos não sabem se e como poderão sobreviver profissionalmente. O caos se anuncia com boca fácil, algo semelhante ao apocalipse bíblico e seus arautos, que por isso nunca estiveram mais ocupados... assim é o momento que o país vive.

O direito público evidentemente tem de se adaptar a esse novo e insólito quadro, e já o vem fazendo.

No caso presente se trata de saber se pode a Administração pública, neste caso municipal, deferir o pleito de antecipação de parte dos valores que seriam recebíveis em abril de 2.020, os quais não foram pagos porque os contratos estão suspensos desde março, à empresa que formulou o pedido.

A dúvida se dá porque a regra básica do direito financeiro e da contabilidade, é a vedação de pagamentos contratuais antes de a respectiva despesa ser liquidada, ou seja, antes da entrega, total ou parcial, do objeto contratado ao ente público contratante. Nesse sentido os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320, de 1964, que inspiraram o art. 65, inciso II, al. c, da Lei nº 8.666, de 1993, além de vedações semelhantes constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Essa é a norma clássica, necessária em face de que o dinheiro público não pode sofrer incertezas e periclitacões, e de que os negócios públicos, mesmo sendo o poder público a parte forte nos contratos que celebra, precisam estar seguros e garantidos. Será entretanto sempre assim? Precisa obrigatoriamente ser sempre assim?

Não, é a resposta.

Em absoluto primeiro lugar, considere-se que os três serviços objetos dos três contratos são absolutamente essenciais ao poder público contratante.

Jamais algum ente público poderá dispensar a prestação dos serviços de transporte, porque isso simplesmente é inimaginável. Ou o poder público os presta diretamente ou os contrata a terceiros, particulares, porém jamais pode deles prescindir. Manter transporte, tanto quanto segurança e saúde, é um dever primário do Estado, a tal ponto que os ônibus urbanos e interurbanos geralmente portam, pintado nas suas laterais, o dístico de que Transporte é direito do cidadão e dever do Estado.

No caso presente trata-se de três contratos, sejam de transporte escolar, transporte de pacientes e transporte rural. Se hoje os contratos estão suspensos isso se deu em razão da insólita pandemia que antes lembra um conto de terror. Mas

que os serviços precisarão voltar a ser prestados tão logo seja possível, quanto a isso não resta nem pode restar a mais remota dúvida.

Imagine-se uma Prefeitura simplesmente extinguir e deixar de garantir à população os serviços de transporte rural, o de pacientes e o transporte escolar! É de esperar não menos que o Prefeito seja deposto e substituído com grande rapidez, sem dizer das medidas judiciais, certas e infalíveis, que serão expedidas em ações que visem assegurar aquela prestação, e que também são certas como ao dia suceder a noite.

O serviços, repita-se porque isto é certo, serão retomados o mais breve que material, institucional e operacionalmente for possível à Prefeitura assim determinar à sua contratada. E assim por todo o país.

Aqueles serviços naturalmente continuarão terceirizados como são hoje. Sim, porque se até o presente momento estão contratados a empresa particular é em razão de que a administração municipal desse modo entendeu conveniente, vantajoso e mais adequado para garantir a qualidade operacional do que ela própria, já sempre assoberbada de afazeres os mais pesados, assumir diretamente mais esse serviço.

Hoje em dia a terceirização dos serviços de transporte coletivo, e de transportes especializados como o rural e o escolar, é a regra quase que unanimemente adotada pelos Estados e pelos Municípios, pois que poucos desses entes se aventuram nesse terreno tremendamente árduo e espinhoso, o qual exige graus crescentes de profissionalismo específico e de elevada especialização – o que somente a iniciativa privada pode desenvolver de modo adequado.

Nem se imagina como poderia a Prefeitura pretender organizar-se, a partir do zero, para realizar todo o pesadíssimo investimento necessário e se aparelhar durante meses para, um dia, poder passar a prestar aqueles serviços de transporte. Sabe o Executivo, mais que ninguém, que uma das chaves da qualidade em serviços é a especialização do prestador, na medida em que, com vênia, deve ater-se cada *macaco a seu galho*. A especialização de funções o exige.

Seja a empresa consulente mesma, já contratada, seja outra, de qualquer modo será alguma empresa particular que prestará os serviços de que aqui se trata.

A vantagem para o interesse público e a administração municipal em se manter a atual empresa contratada é mais do que evidente:

a) ela já detém completo conhecimento e domínio do objeto do contrato, eis que o presta com perfeita adequação há diversos anos. Qualquer outra empresa haveria de tatear e palmilhar desde o zero todos aqueles passos e aquelas rotinas operacionais;

b) uma nova licitação, além de tremendamente demorada e de resultado incerto, muito possivelmente – é quase certo – incrementaria e aumentaria, por vezes bastante, os preços atualmente praticados pela contratada. Muito dificilmente uma nova licitação repete preços já praticados e razoáveis, porque a incerteza econômica e a inflação jamais sofrem pandemias que as aplaquem ou as eliminem, sendo, pelo oposto, certas e infalíveis;

c) nova licitação, com ocasionalmente uma nova empresa contratada, sempre implicam um *salto no escuro*, uma aventura operacional e financeira que pode ser mais ou ser menos controlável, e um novo risco, quiçá de grande proporção e de consequências pouco recomendáveis.

A segurança negocial e operacional da Administração, que é um sólido pilar em que se assenta o interesse público, não lhe permite vôos muito ousados nem aventurecos, sendo certo desde sempre que, data vênua uma vez mais, em time que está vencendo não se mexe, assim como a prudência recomenda que não se troque o certo pelo duvidoso.

Se estas são regras básicas e primárias de comportamento entre as pessoas em sua vida particular, também valem, e por excelência, para a proteção do interesse público, o que é dever do Estado. Não deve existir muita diferença entre a sensatez privada e a sensatez pública. O interesse público deve estar, ao máximo dentro do possível, garantido e seguro.

Disséramos que *nem sempre* é proibido ao poder público pagar antecipadamente valores contratuais, antes de a despesa ter sido liquidada segundo a tradição das já mencionadas regras legais. O tema, de resto, não é nem um pouco novo.

É evidente que a antecipação não pode ser nem é a nova regra, porém, *excepcionalmente* neste momento único e arrepiante que o país e o mundo vivem, o direito brasileiro *já mudou* para adaptar-se às inéditas dificuldades geradas pelo isolamento social devido à pandemia.

Assim, o Presidente da República vem editar, a Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020, com uma inédita previsão que autoriza a antecipação dos pagamentos contratuais, em determinadas circunstâncias e sob adequada justificativa, como atenuação do rigorismo formal da legislação tradicional sobre essa matéria.

A MP nº 961 prevê sua vigência enquanto durar o estado de calamidade pública decretado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, em face da pandemia de coronavírus, calamidade aquela que nesta data perdura.

Eis o excerto da nova regra:

Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de *todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos: (...)*

*II – o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:*

- a) *represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou*
- b) *propicie significativa economia de recursos; (destaque nosso).*

Do texto acima se observa que:

a) se dirige a todos os *entes federativos constitucionalmente autônomos*, e esse é o caso dos Municípios, cuja autonomia política, administrativa e organizacional é assegurada pela Constituição Federal, art. 1º, e arts. 29 e 30;

b) autoriza o pagamento antecipado de contratos, desde que isso seja condição indispensável para assegurar a prestação do serviço, ou então, alternativamente portanto, desde que

c) propicie significativa economia de recursos.

Está portanto oficial, expressa e insofismavelmente autorizada a antecipação dos valores contratuais, dentro da vigência do estado de calamidade decretado

pelo Congresso em 20 de março de 2020, desde que ao menos uma das duas condições, constantes das alíneas a e b do inciso II do art. 1º da MP nº 961/20, esteja presente.

Neste caso da consulta porventura *as duas condições estão presentes*.

A primeira (MP, art. 1º, inciso II, *a*) é a de que a antecipação seja condição indispensável para assegurar a prestação do serviço. Ora, como foi iterado se a contratada empresa consulente não puder honrar seus compromissos mais urgentes e impostergáveis, ressaltando-se a folha de pagamento, precisará simplesmente fechar suas portas em definitivo, e com isso a contratante Prefeitura Municipal quedará de um momento para outro sem o seu indispensável e essencial serviço de transportes, em três diferentes áreas.

Os números não mentem e não admitem discursos ou raciocínios atenuadores, e a realidade é apenas essa acima exposta. E foi pensando exatamente em casos assim, e por honestamente enxergar a desesperadora situação da economia nacional e das empresas, que o chefe do Executivo federal expediu esta MP nº 961 em maio passado, permitindo uma excepcional, *e que neste caso estará plenamente garantida*, antecipação de recebíveis em contratos públicos.

E a segunda condição (MP, art. 1º, inciso II, al. *b*) está também presente neste caso, pois que a antecipação dos recebíveis à consulente, que a salvará da ruína certa e com isso permitirá manter o seu contrato e não licitar outra vez o objeto, evitará a *absolutamente segura* elevação dos preços dos contratos de transporte.

E aquela já em si inevitável alta dos preços é tanto mais certa neste momento de angústia e incerteza econômica, dentro da qual a fixação dos valores de um objeto tão complexo e problemático quanto o do transporte coletivo também precisará cercar-se de toda segurança financeira, que um eventual novo contratado exigiria também com rigorosa certeza.

Manter-se o contrato atual resultará nitidamente mais econômico para o poder público, do que será se este, abandonando ao léu a empresa que contratou, resolver aventurar-se em novo certame sem nem minimamente saber o que o espera no aspecto operacional, sendo certo apenas o aumento de despesa.

Apenas estes fatos e estes fundamentos legais já são suficientes para que a Prefeitura possa com tranquilidade deferir o pleito da consulente, de antecipação dos recebíveis nas bases pedidas: a lei simplesmente a autoriza de modo expresso.

Entretanto, e como se fora ainda necessário, deve sempre o poder público ter presente que a antecipação de pagamentos contratuais *não está neste momento sendo inventada pela empresa consulente*. Com efeito, *já existia e vinha sendo exercitada* no direito brasileiro, como se passa a examinar.

Inicia-se pela Lei nº 8.666, de 1993, que é a lei geral de licitações e contratos administrativos brasileira. Essa lei, da mesma maneira como em situações ordinárias proíbe a antecipação de pagamentos, ao mesmo tempo informa, referindo-se a compras, mas com uma previsão que pode estender-se a serviços e mesmo a obras, no art. 15, que:

As compras, sempre que possível, deverão: (...)

III – submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

Então, desse modo se o poder público não conseguir comprar por exemplo móveis sob medida, ou então obter certos serviços ou mesmo algumas obras, sem antecipar parte do pagamento ao fornecedor – porque no mercado essa é a regra, e quem não a atender simplesmente ficará sem o objeto –, então eis aí desde logo a autorização legislativa para fazê-lo.

Por outro lado, essa antecipação é claro que não pode ficar desprotegida de alguma garantia ao poder público, e a lei não impede a exigência de garantias neste e em outros casos, e para isso existe o art. 56 da lei de licitações, a estabelecer quais são as garantias exigíveis, quer em licitação, quer fora dela, dos licitantes ou dos fornecedores diretos do poder público.

No caso presente a Prefeitura envolvida informou que como pressuposto para a sequência da negociação exigirá garantia dos valores antecipados, a ser prestada pela empresa consulente. E como esta já anunciou que se dispõe a prestá-la, então forçada conclusão é a de que a segurança da antecipação resulta completa e absoluta para a Administração municipal.

Alguns ilustres autores como Hely Lopes Meirelles, Diogenes Gasparini, Sidney Bittencourt, Marçal Justen Filho e Célio Leite dentre outros, atentos às reais necessidades da vida e sem fantasiar quixotesicamente, já se haviam manifestado favoravelmente à antecipação, condicionada e em geral excepcional, de pagamentos contratuais pelo poder público.

Marçal Justen Filho, na sua festejada obra e comentando o art. 15 da lei de licitações, escreveu:

Adoção de condições similares às do setor privado (inciso III)

Uma condição essencial para a eficiência administrativa reside na utilização de procedimentos semelhantes aos praticados no setor privado. O inciso III expressamente consagra o princípio, no tocante às condições de aquisição e pagamento para as compras. O dispositivo propicia indagação acerca das formas de pagamento, especialmente sobre o cabimento de pagamentos antecipados ou à vista.

O pagamento antecipado verifica-se quando a Administração executar a obrigação que lhe cabe (pagamento) antes do outro contratante.

E escreveu na nota de rodapé nº 78, indicando dois outros próceres do direito público que se manifestaram no mesmo sentido da viabilidade jurídica da antecipação – mesmo *décadas antes* da edição da MP nº 961/20:

Reputavam cabível o pagamento antecipado, mesmo na vigência da lei anterior, Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, 14. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 169-170; Diogenes Gasparini, *Pagamento antecipado dos contratos administrativos*, Revista de Direito Público 97, p. 237237-242, jan/mar 1991.

Os trechos acima, de Justen Filho, são dos *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14. ed. Dialética, BH, nos comentários ao art. 15 da Lei nº 8.666 de 1993.

Célio Leite, em seu artigo *Possibilidade de antecipação de pagamento em contratos da Administração*, no site *INOVE*, escreveu:

*Desta forma, a regra a ser seguida pela Administração é a realização de pagamentos somente após a entrega do bem ou execução do serviço. No entanto, quando esta opção for inviável ou não atender ao interesse público, torna-se possível e mesmo desejável a antecipação do pagamento, desde que cumpridos os requisitos supra apresentados.*

*Desta forma o pagamento realizado de forma antecipada poderá ser admitido, demonstrando-se a existência de interesse público e obedecidos os seguintes critérios de forma cumulativa: represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço e propicie economia de recursos; existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta, e adoção de indispensáveis cautelas ou garantias.*

*E o mais prolífico autor brasileiro sobre o tema das licitações. Sidney Bittencourt, escreveu sobre a matéria:*

*Submissão das compras às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.*

*A norma sinaliza, no inciso III, a submissão às condições de aquisição e de pagamento semelhantes às do setor privado.*

*Ao firmar contratos, deve o Poder Público perseguir o atendimento de vários princípios, consoante já exposto na análise do art. 3º. Dentre eles, na hipótese, destacam-se a economicidade e a eficiência. Para tal, a Administração deve fixar-se, a título de parâmetro, nas contratações realizadas pelo setor privado, que, por visar ao lucro para sobreviver, buscam insistentemente a eficiência. (In Licitação passo a passo, 9ª ed. Fórum, BH, p. 172.)*

E não é só a doutrina que admite a antecipação, porque também a jurisprudência, expressada nos dois seguintes acórdãos do e. Tribunal de Contas da União, admitiram a possibilidade jurídica de antecipação de pagamentos nos contratos públicos, citados por Renato Geraldo Mendes em seu livro *Lei de licitações e contratos anotada*, 7ª ed. Zênite, BH, p. 119:

a) Contratação pública – Contrato – Pagamento antecipado – Exceção – Exigência de garantia – TCU

O pagamento adiantado é permitido apenas em situações excepcionais, contratualmente previstas, sendo necessárias garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto. (TCU, Acórdão nº 918/2005, 2ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU de 15/06/2005).

b) Contratação pública – Contrato – Pagamento – Antecipação – Exceção – Observância das cautelas devidas – TCU

Quanto ao pagamento antecipado, forçoso reconhecer que ele não é vedado pelo ordenamento jurídico. Em determinadas situações ele pode ser aceito. Mas essa não é a regra. Ordinariamente o pagamento feito pela Administração é devido somente após o cumprimento da obrigação pelo particular (...) Julgo mais adequado condicionar a possibilidade de pagamento antecipado à existência de interesse público devidamente demonstrado, previsão no edital e exigência de garantias. (TCU, Acórdão nº 1442/2003, 1ª Câmara, Rel. Min. Marcus Vinicius Vilaça, DOU de 17.07.2003)

Quanto à menção a previsão no edital, duas observações:

a) neste presente caso seria absolutamente impossível ao edital da licitação, havida há cerca quatro anos, prever a possibilidade de antecipação de pagamentos em função da pandemia de coronavírus, como até a um leigo parece evidente, ante o racionalmente inimaginável desta atual situação;

b) hoje em dia, junho de 2020, vigora a MP nº 961/20, que autoriza a antecipação dos pagamentos independentemente de qualquer previsão contratual ou editalícia.

Sendo assim, até a jurisprudência superior de contas admite pagamentos antecipados em contratos públicos, desde que motivados e garantidos pelo contratado.

Por fim, quando se sabe que a antecipação dos recebíveis para ser deferida pela Prefeitura precisará estar *antecipadamente garantida* pela empresa consulente, então parece com isso fechar-se o ciclo de aperfeiçoamento jurídico da operação em questão.

Todos os requisitos para a legitimidade da antecipação solicitada estão presentes, de modo que a resposta ao primeiro quesito é afirmativa, no sentido de que é juridicamente viável, nos termos deste parecer, a antecipação solicitada dos recebíveis em abril de 2020, no percentual referido na consulta.

O segundo quesito se refere a como poderia ser a redação do dispositivo contratual que defira os três pedidos.

Isto será objeto de um Termo Aditivo a cada um dos três contratos.

A Prefeitura naturalmente devendo adotar o seu padrão oficial de atos administrativos, a redação que sugerimos para a parte dispositiva é a seguinte, para cada um dos três Termos Aditivos:

“As partes de comum acordo resolvem aditar o Contrato nº ..... (indicar a cada caso o número de cada contrato)

Cláusula única

Da antecipação de recebíveis

I – Fica estabelecido que a Prefeitura Municipal contratante antecipará à empresa Contratada o valor de R\$ ..... (um valor a cada aditamento), na forma do que consta do expediente administrativo nº ...../2020 (um a cada caso, ou somente o do PA que existir relativo aos três contratos) e das justificativas ali constantes, a título de antecipação de 50% (cinquenta por cento) dos recebíveis pela contratada referentemente ao mês de abril de 2020 conforme o contrato celebrado e seus anexos, e a previsão constante das planilhas anexas.

II – A Contratada, como condição para a antecipação em seu favor, prestou garantia à contratante Prefeitura Municipal,, na forma do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, consistente em .....

III – A contratante será liberada de sua garantia quando cumprir integralmente o compromisso de amortização da antecipação recebida por força deste Termo, à ocasião que for.

E por estarem justos e contratados firmam o presente, por seus representantes, a Prefeitura Municipal e a Contratada (...) ”

E desse modo se responde o segundo quesito formulado. 



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.

# O Direito Financeiro em outro patamar: o do equilíbrio

■ POR DANIEL GIOTTI DE PAULA E ALLAN TITONELLI NUNES

**D**urante a faculdade, o Direito Financeiro era um mero apêndice do Direito Tributário. Era-nos ainda ensinado que lei orçamentária era meramente autorizativa para as despesas públicas, que as finanças públicas tinham um conteúdo jurídico reduzido, entre outras coisas.

Responsabilidade fiscal parecia uma mera exortação aos gestores, até porque a Lei Complementar 101 de 2000 era de recente edição, ainda pouco entendida e quase nada aplicada com toda sua potencialidade.

Tribunal de Contas da União, as Cortes de Contas Estaduais e as poucas Municipais funcionavam como apêndices do Legislativo, não como órgãos auxiliares para controle das finanças públicas por esse poder, como a Constituição da República de 1988 sugere.

Vinte anos se passaram, e o Direito Financeiro passou mesmo a ser relevante. Foi causa para impeachment, o TCU passou a ser importante ator de controle e fiscalização das finanças públicas, juristas começam a ocupar postos nas Cortes de Contas, orçamento impositivo é tema da moda no debate político e jurídico. A participação da receita de royalties e a destinação de suas receitas já foi tema de tese para escolha de titularidade de cátedras em universidades públicas.

Tenta-se reduzir gastos com pessoal por (re)interpretações de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), aumentando os elementos que deveriam ser levados em conta para efeitos no cômputo de gastos com pessoal, como se pode ver na ADC 69, de autoria do Partido Novo.

A última questão envolve uma importante necessidade para se chegar a um novo patamar no Direito Financeiro. A solução jurídica pode ser a pior possível. Isso porque, entre seus pedidos e fundamentos, o Novo quer transformar em despesas públicas o valor que é retido de servidores estaduais, distritais e municipais a título de imposto de renda. Não se trata de questão simples, mas se está claramente indo além de um texto expresso da Constituição, pois tais valores são “produto da arrecadação” desses entes à luz dos arts. 157, I, e art. 158, I, da CR/88, de modo que tal tese seria quase como comprovar a quadratura do círculo.

Percebam que, se imposto de renda é tributo de competência da União, logo receita pública derivada nos termos do art. 9, da Lei nº 4.320 de 1964, a Constituição justamente excepciona a regra geral de que cada ente fica com a receita da instituição, fiscalização e arrecadação de seus tributos, porque transfere uma de suas possíveis receitas para os Estados, Distrito Federal e Municípios. Transferência de receitas, em nada tem com despesas.



**“Precisamos de um novo patamar civilizatório: fazer da arena legislativa o espaço para melhorar o controle das finanças públicas, tanto pela fiscalização de todos órgãos públicos, sobretudo dos autônomos, na execução de suas despesas; quanto criar legislação que aponte novos parâmetros para reduzir gastos, criando um ambiente que respeite a segurança jurídica.”**

Não é só. Se as Cortes de Contas e os Tribunais passaram a tratar essas retenções como despesas, o imposto de renda então será contabilizado como o que pela União? Como um indiferente contábil e jurídico? Isso geraria, do dia para a noite, o agravamento da situação fiscal de Estados e Municípios, que lutam para baixar seus gastos com pessoal, com todos os reflexos políticos para seus governos, e assim atender exigências do governo federal?

A decisão terá efeitos prospectivos ou, como parece indicar o Novo, a causa seria tão simples, a ponto de uma mudança imediata na prática de Cortes de Contas e Tribunais?

Dezenove anos de interpretação dos arts. 18 e 19, da LRF, à luz dos arts. 157, I e 158, I, da CR/88 seriam “jurisprudência criativa” nos termos da petição inicial.

Daí que o Judiciário precisa estar atento às consequências de suas decisões em matéria de Direito Financeiro, tanto para que seja autocontido, em alguns casos, como também para pensar em como modular decisões, na maioria das situações judicializadas, ante a necessidade de respeitar, de igual modo, a Separação entre os Poderes.

Precisamos de um novo patamar civilizatório: fazer da arena legislativa o espaço para melhorar o controle das finanças públicas, tanto pela fiscalização de todos órgãos públicos, sobretudo dos autônomos, na execução de suas despesas; quanto criar legislação que aponte novos parâmetros para reduzir gastos, criando um ambiente que respeite a segurança jurídica.

Poder-se-ia determinar, inclusive, um patamar menor para gastos com pessoal de Municípios e Estados, talvez os 50% da União ou mesmo 55%, quem sabe, a partir do estabelecimento de transições e a definição clara do que deve ser contado e excluído desses gastos com o pessoal.

A União criou interessante solução na política, determinando que só se abra seleção para a vaga de um cargo público quando duas vagas estiverem vacantes, ao

mesmo tempo que fomenta os mecanismos de aproveitamento de tecnologia, em geral, e inteligência artificial, em específico, para a prestação de serviços públicos.

A Lei de Liberdade Econômica, por outro lado, objetivou desburocratizar e melhorar o ambiente de negócios, buscando adaptar o serviço público a novos tempos.

Leis que atendem a um ideal de melhoria das finanças públicas, direta ou indiretamente, com consequências sopesadas pelos poderes representativos, atendendo aos anseios de segurança jurídica. Economia para os contribuintes, algo muito além do discurso de proteção dos pagadores de impostos.

O que a ADC 69, como outras ações propõem, é tentar fazer com o que o mundo real se adeque ao direito recriado jurisprudencialmente, uma opção que está longe de ser a melhor sob parâmetros racionais e de segurança jurídica, um consenso progressivo entre liberais e não-liberais no novo milênio.

Não bastasse isso, os reflexos que o Direito Financeiro produzem sobre o Direito Tributário são evidentes. Os benefícios fiscais podem ser controlados juridicamente no tempo? A tredestinação de contribuições pode ser corrigida em orçamentos subsequentes? O Direito Financeiro pode subsidiar o Direito Tributário para controlar a cobrança de taxas que superam o necessário para o exercício do poder de polícia, evitando que funcionem como impostos camuflados? Os meios adequados de resolução de conflitos em matéria tributária, antes de prejudicar uma etérea supremacia do interesse público sobre o privado, trazem recursos contabilizados como perdas contabilmente para os cofres públicos?

Nessas últimas questões, o recurso ao Direito Financeiro parece tímido, e o advogado tributarista, em geral talhado para defender o contribuinte ou os entes políticos conforme seus interesses, pouco ainda se preocupa com as contas públicas.

Claramente se vê isso também no que concerne à reforma tributária. Aumentar a base econômica de tributação, via IBS, para os quatro entes, impacta o equilíbrio financeiro deles? Qual equilíbrio? Ele existe hoje?

Em vez de se discutir sobre competências tributárias, no campo da construção de design legislativo a questão seria: isso redistribui a arrecadação entre os entes a médio e a longo prazo, melhorando o equilíbrio federativo? Até porque esse é um dos grandes fatores políticos que emperram a reforma tributária.

A expertise do profissional de Direito Financeiro, que engloba, é claro, alguém que seja também especializado em Contabilidade Pública, serve para a tal propósito. Um outro patamar, então, é esperado para o Direito Financeiro.

Uma terceira fase do Direito Financeiro, superando a inicial de ostracismo, a segunda de euforia, para chegar finalmente a do equilíbrio, de matriz aristotélica, em que os espaços do jurídico, do contábil e do político sejam, de fato, respeitados, valorizando-se a busca de soluções consensuais e democráticas para problemas práticos crônicos.

O novo patamar pode demorar apenas meses, como no caso do Flamengo, campeão de tudo no ano passado, ou anos, como outros grandes times foram formados. Com bons técnicos e boa política, conseguiremos. **C**

ARQUIVO PESSOAL



**DANIEL GIOTTI DE PAULA** é Doutor em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela UERJ, Procurador da Fazenda Nacional e Professor de Direito Financeiro e de Direito Tributário.

ARQUIVO PESSOAL



**ALLAN TITONELLI NUNES** é Procurador da Fazenda Nacional, especialista em Administração Pública pela FGV e em Direito Tributário pela Unisul, ex-presidente do Forvm Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).



# Notas críticas sobre emendas parlamentares individuais e de bancada

■ POR REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

**“A peça orçamentária impõe um braço de força entre governo e Parlamento. O Executivo objetiva o cumprimento do que entende importante. Nem sempre o Congresso pode estar sintonizado com os interesses e desejos do Executivo. Há um confronto não declarado. Sub-reptício. À sorrelfa. À socapa. Não se hostiliza. O trabalho é realizado com sapa.”**

## O ORÇAMENTO

**A**lgumas ponderações são necessárias para ingressarmos na análise das emendas parlamentares. Antes de mais nada, o orçamento é uma lei. Logo, impõe-se ao cumprimento de todos seus itens. É norma de previsão de receitas e fixação de despesas (§ 8º do art. 165 da CF). As receitas são estimadas, porque não se pode adivinhar como irá se comportar a economia no exercício seguinte. São fixadas as despesas que deverão ser realizadas e faz-se uma *previsão de receitas*. Realizadas, cumpre-se o orçamento; não se concretizando, podem os gastos sofrer alteração.

O Estado tem que atender, obrigatoriamente, a determinadas finalidades ou objetivos traçados na Constituição Federal. O Estado assumiu, ao longo da história, uma série de deveres que, em princípio não eram seus. Em sua origem, nasce para impedir conflitos e evitar a morte violenta (Regis Fernandes de Oliveira, “Gastos Públicos” e “A violência e o sagrado”, René Girard). Objetivo primeiro: garantir a segurança pública para que todos possam viver em paz. Surge através de consenso, de pacto ou pela dominação, dependendo a qual corrente se filie.

De qualquer forma, com a evolução da sociedade, o Estado passa a assumir inúmeros deveres. Passa de garantidor da segurança a prestador de serviços de saúde, transporte, educação, saneamento básico e outros. Passa a ser o Leviatã (Hobbes, “Leviatã”).

Por consequência, deve estabelecer normas para ter critérios de despesa. O que é mais importante em determinado momento histórico? Realiza, através do governo, uma seleção de prioridades e, então, prevê o montante da receita que será destinada a determinada atividade.

Nasce o orçamento (tem origem na Inglaterra em que se portava *le budget* – uma pasta com as pretensões governamentais para o exercício seguinte. Passou-se a dar conta das despesas realizadas. Em seguida, constitui-se em documento obrigatório e democrático em todas as nações. O governante é obrigado a realizar as atribuições cabíveis ao Estado, efetuar despesas e prestar contas do que fez.

Canhestramente, assim é que se passam as coisas.

A lei orçamentária, então, é uma lei diferente das demais. Não só por seu conteúdo específico, mas por ser periódica e que pode envolver a não suspensão dos trabalhos parlamentares se não aprovada a tempo. Ademais, processa-se em Comissão Especial do Congresso Nacional e tem prazo para sua aprovação. Se o Presidente a descumprir, pode incorrer em crime de responsabilidade.

Vê-se que não é lei comum. Difere de todas as outras. É lei constitucionalmente prevista e essencial na vida republicana.

A indagação que se coloca como preliminar é: esta lei é de cumprimento obrigatório ou não?

## **OBIGATORIEDADE DE SEU CUMPRIMENTO. ORÇAMENTO IMPOSITIVO. O PARÁGRAFO 10 DO ART. 166 DA CF**

Bastaria dizer que se cuida de uma lei para que seja de cumprimento obrigatório. Mas, autores no passado afirmaram que era apenas *lei de meios*, que era *mera peça de ficção*, chegando-se a afirmar que a lei não era cumprida e que não acarretava qualquer responsabilidade administrativa ou criminal aos que a descumprissem.

Seria o orçamento meramente autorizativo? Estariam estabelecidos gastos e receitas, mas estava o Congresso simplesmente autorizando o governo a realizar despesas ou obrigando-o?

Alguns diziam que é lei meramente formal, outros que se cuida de lei em sentido material, terceiros que se trata de ato-condição. A discussão já está esgotada. Como adverti, “já não se pode admitir um orçamento sem compromissos, apenas para cumprir determinação legal” (Regis Fernandes de Oliveira, “Curso de Direito Financeiro”, 8. ed., Malheiros, p. 543, item 18.4).

Trata-se, como deixei claro, de lei estrutural. Afirmei: “O que importa e é relevante saber é que o orçamento se destina a estabelecer, prever, guiar, proteger, amparar e garantir os direitos fundamentais. Neste sentido, não é uma lei anódina, fraca, débil ou meramente formal. É lei estrutural e viabilizadora de todos os denominados direitos fundamentais. Estes estão consolidados no corpo da Constituição. Prenhes de conteúdo” (ob. cit., pág. 551, item 18.4.1).

Como disse ao início, bastaria ser lei para que fosse de cumprimento obrigatório. Evidente está que se *não se realizar a receita pretendida* não há como

o Estado cumprir todas suas obrigações. Haverá um *gap*, uma falta de recursos para atender aquilo que estava previsto. Logo, não há como se cumprir o orçamento em sua inteireza. Para tanto, deve o governante expedir decreto esclarecendo o que ocorre. Ninguém se obriga ao impossível, é parêmia de razoabilidade. Não havendo recurso, tenho que escolher prioridade e atendê-las. Por consequência, outros interesses previstos ficarão prejudicados. De tudo deve a administração dar satisfação à população e à Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional.

Dúvida não há, pois, em se ter o orçamento como peça de indisputável cumprimento. Obrigatório ao governante que pode se esquivar de determinadas finalidades. Fazendo-o dará conhecimento à comunidade jurídica e ao Congresso Nacional.

Daí, para minha compreensão – o orçamento sempre foi impositivo.

Para por termo a qualquer controvérsia, a nova redação do § 10 do art. 165 é taxativa: “A Administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade”.

A discussão que era meramente doutrinária deixa de ter sentido, diante do estabelecimento da obrigatoriedade da execução orçamentária. O que, como sustentava parte da doutrina de que o orçamento era meramente autorizativo, perde sustentabilidade diante do teor do dispositivo transcrito.

Sem dúvida que, a partir de agora (para mim já o era antes do texto) o orçamento é inteiramente impositivo.

Não há que se distinguir entre emendas finalísticas ou não. Todas as verbas, uma vez realizadas as receitas, são de aplicação obrigatória por parte do ente público. Sem discussão ou controvérsias.

Pode-se indagar da obrigatoriedade do cumprimento na hipótese de haver descumprimento da meta fiscal ou que ultrapasse o teto de gastos estabelecido pela EC 95.

Ora, tal não acontecerá se houve o cumprimento rigoroso do orçamento. Evidente que há o controle da execução através dos anexos de metas e riscos, é verdade que durante a liberação das verbas, o governo deve efetuar seu controle. Se o não faz, podem surgir problemas, mas por incúria do governante e não por decorrência da aplicação dos dispositivos constitucionais.

A única dificuldade que surge diz respeito ao contingenciamento. Como já defendi, a única possibilidade de o governo contingenciar os recursos é diante da não realização de receitas. Como estas são previstas, podem não ocorrer, por força de contingências econômicas. Qualquer alteração que surja durante a execução orçamentária que envolva risco, pode o governo contingenciar verbas, o que implica, obrigatoriamente, no impedimento de liberar todas elas. Mas, tal circunstância deve constar de decreto a ser baixado pelo Presidente da República. Tudo, então, deve ser esclarecido.

Restará ao Tribunal de Contas da União efetuar o controle pontual de todas as verbas em conexão com a Comissão Mista do Orçamento do Congresso Nacional. Mas, há avanços indiscutíveis: a) planejamento, b) controle, c) limite ao contingenciamento.

De outro lado, indisputável que o conflito agônico tende a diminuir, embora possa haver resistência por parte do Executivo.

## DESTINAÇÃO DOS RECURSOS

Para exame detalhado se o orçamento tem cumprido as finalidades para que foi instituído convém ter uma visão sobre seus objetivos primeiros.

Antes de mais nada, o orçamento se destina a diminuir as desigualdades sociais. Sabidamente, nosso país é desequilibrado. Há uma pequena casta (1%) que fica com grande parte da receita e a imensa maioria fica com quase nada. Há fome no país. A pobreza é uma realidade. As doenças se multiplicam. As discriminações não cessam. Os negros e mulatos não logram oportunidades. As mulheres são seviciadas. As crianças sofrem violência dentro de suas casas.

Nas grandes cidades, o saneamento básico atinge apenas 30% da sociedade, a saúde é prestada de forma precária. Desnecessário lembrar da cidade do Rio de Janeiro ou de outras cidades do Nordeste e Norte. A educação atinge a quase todos, formando um amontoado de analfabetos e analfabetos virtuais. O desemprego grassa por todos os lados. Indígenas estão afastados dos bens modernos da vida. A prostituição grassa. Os condenados são violentados no interior das cadeias e presídios. Facções criminosas dominam os presídios e boa parte da periferia das grandes cidades. Constituem-se em Estado dentro do Estado (é o direito de Pasárgada a que se refere Boaventura Santos). O transporte é mal prestado. O asfalto não chega a todas as residências. Enfim, o Brasil é um país desequilibrado.

Consequência: Não é possível elaborar uma peça orçamentária sem atentar a tais dados. Não se pode crer que o governante seja insensível a tantos descabros, a não ser que tivessem a indiferença do governante de Bruzundanga. Diante de problemas por que passava a cidade, alguém indagou se queriam matar de fome o povo, ao que se respondeu: “Não há tal; mas, mesmo que viessem a morrer muitos, seria até um benefício, visto que o preço da oferta é regulado pela procura e, desde que a procura diminua com a morte de muitos, o preço dos gêneros baixará fatalmente” (Lima Barreto, “os Bruzundangas”, capítulo I, “Um grande financeiro, ed. L&M pocket, p. 34).

Bem se vê que destinar recursos ou suprimi-los não é problema para o governo.

Ainda que o Executivo possa enviar um projeto de lei orçamentária sem atentar a tais dados reais da sociedade, não pode o Congresso Nacional silenciar-se. Como tem o poder de revisão de todo o projeto e também gerenciando as emendas que possam ser apresentadas, tem o dever ético de acertar os ditames orçamentários.

Como se disse de início, o orçamento não é uma peça de ficção. É peça que deve retratar a realidade.

Bem por isso, ela deve ser alterada a cada exercício financeiro, porque a sociedade muda a cada ano. Os interesses se alteram, a relação real/dólar é modificada a todo instante, os problemas se relativizam, crescem ou diminuem, as necessidades atendem a determinado momento histórico. O que era importante em determinado exercício, já não o é no próximo.

Em sendo assim, não há como se engessar a previsão de receitas e muito menos a fixação das despesas. Um surto de doença, uma epidemia pode obrigar o Estado a destinar recursos excepcionais para combatê-la.

Há um núcleo em que, obrigatoriamente, são destinadas as receitas. As verbas, no mais das vezes, são vinculadas. É verdade que a Constituição proíbe a vinculação de receitas (inciso IV do art. 167). Estabelece quais são as exceções (parte final do dispositivo). Ocorre que quase tudo é vinculado.

Estabelece recursos específicos para a educação. Depois, a saúde igualmente goza de tal prerrogativa. Não que se seja contra tais destinações, mas isso engessa o orçamento. A seguir, os Fundos ficam vinculados. Enfim, resta pouca margem deliberativa ao Governo e ao Parlamento.

O Executivo é quem elabora a peça orçamentária e como ele tem em suas mãos a grandeza dos recursos previstos para arrecadação, cabe estipular sua destinação. Mas, tem suas mãos amarradas.

Tudo decorre de deliberações que envolvem o conflito existente entre os três órgãos de exercício do poder. A coberta é curta.

## **A LUTA PELA DOMINAÇÃO. O CONFLITO AGÔNICO**

A peça orçamentária impõe um braço de força entre governo e Parlamento. O Executivo objetiva o cumprimento do que entende importante. Nem sempre o Congresso pode estar sintonizado com os interesses e desejos do Executivo.

Há um confronto não declarado. Sub-reptício. À sorrelfa. À socapa. Não se hostiliza. O trabalho é realizado com sapa.

Em verdade, na Grécia Antiga, a cultura da competição era um de seus alicerces. “O *agon* é uma luta na qual não há trégua nem fim; como é preciso que a luta perdure, para que as diferentes forças da vida se manifestem, os lutadores não podem chegar a um acordo; o que seria uma trégua, e nenhum deles pode ser aniquilado pelo outro, o que significaria o fim do combate. O combate não pode nem se tornar um extermínio, nem se resolver por meio de um acordo, ele deve ser manter, de modos distintos e diversos, em prol da conquista em si mesma, ou seja, do engrandecimento da vida, que é uma luta constante” (Viviane Mosé, “O homem que sabe”, ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2012, p. 86).

O *agon* ao mesmo tempo que significa disputa exige que seja justa. Há respeito às condições previamente estabelecidas.

A palavra dá bem o significado do que ocorre hoje no confronto entre os poderes. É sem trégua. Permanente. Não posso eliminar o adversário. Nem fazer acordo. As ideias entram em colisão, discursos, acertos, acordos internos e externos, composições políticas, conversas de porão, tudo pode ocorrer. Impõe-se uma das vontades, mas a luta prossegue, animada por outras circunstâncias. Heráclito disse bem: o conflito é o pai de todas as coisas. A sabedoria grega é imensa.

Traduzindo a ideia grega para o Brasil. Cada governo que se instaura busca uma forma de conflito com os demais poderes. É muito comum falar-se em presidencialismo de coalizão, através do qual o Executivo busca cooptar um grupo de partidos para fazer passar as propostas que irá encaminhar. Da mesma forma, procura aproximar-se do Judiciário para abrir um canal de comunicação e postular a manutenção das decisões que toma, seja solitariamente seja em conjunto com o Parlamento.

O Congresso Nacional, de seu turno, tenta assenhorear-se da vontade do Executivo indicando ministros para executar sua vontade. Surge o problema da apresentação de emendas parlamentares e, então, a cada período o governo abre suas burras para aliciar deputados e senadores. Impõe, no entanto, a aprovação de suas propostas retratadas em PECs ou projetos de leis complementares ou ordinárias.

O conflito ganha corpo, prossegue, não se exaure. E continuamente, o Congresso decide o que colocar na pauta para apreciação, podendo desconhecer ou procrastinar os projetos do Executivo para obter dele favores de todas as formas.

De seu turno, quando não se logra uma solução, surge o apelo ao Judiciário que, de alguma forma irá selar a sorte de uma ou outra pretensão. Por vezes, ampara a pretensão do Executivo; em outras, a do Parlamento. É o pêndulo, mas que também entra no conflito que se perpetua. Ao final de um confronto outros já existem em pauta para seguir a luta permanente.

Daí surge a ideia das emendas parlamentares individuais e de bancada que instauram novos confrontos. A tendência é pacificá-los, mas novas divergências surgem. Sobrevêm as alterações constitucionais, estabelecendo o cumprimento obrigatório das emendas apresentadas.

Vamos analisar como se procede hoje. Em verdade, apenas a pressão é que fez sua edição e o permanente confronto entre os órgãos de exercício do poder.

## A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 86/2016

Antes da alteração constitucional, o que sucedia? Os parlamentares apresentavam emendas individuais ao orçamento, o que era legítimo. Ocorre que o Governo não liberava verba para seu pagamento. Assim, o deputado se comprometia com sua base eleitoral de enviar determinado recurso para obra de asfalto, por exemplo, ou para aquisição de um aparelho para o hospital local. Compromisso assumido, emenda apresentada, mas o Executivo orientava seus ministros a não liberarem a verba.

O que acontecia? O desprestígio. O prefeito comunicava à cidade a vinda dos recursos e eles não apareciam. O parlamentar desafora o ministro. Mas, de vez em quando havia um projeto de absoluto interesse do Governo. Então, as verbas apareciam e eram liberadas tão logo o parlamentar votasse em favor do projeto encaminhado.

Criava-se, assim, perigoso jogo de “compra” de apoio. Odioso jogo de dominação. Nódoa democrática de forma a sujeitar o voto parlamentar à liberação de recursos, como se fosse corrupção dentro de determinadas balizas. Surge daí a famosa “operação mensalão”.

Daí sobrevir um dispositivo com o da EC 86/2015 que simplesmente determinou o pagamento das emendas individuais dos parlamentares. O advento do texto era e é ocioso, mas para bom entendedor meia palavra *não basta*. O que era o óbvio – cumprimento do orçamento em todos seus termos por se cuidar de lei – passa a ser óbvio diante da Emenda Constitucional.

Para impedir tal jogo, sobreveio a Emenda Constitucional nº 86/2015. Estabeleceu o § 9º do texto que seriam aprovadas as emendas até 1,2 (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida do projeto orçamentário, sendo que metade das emendas deveria ser endereçada aos serviços públicos de saúde.

Tornando prático a) os parlamentares inserem emendas individuais na execução do orçamento o que a EC torna seu pagamento obrigatório; b) o máximo da disponibilidade por todos os parlamentares é o percentual fixado; c) metade do montante deve ser dirigido aos serviços de saúde (0,6%); d) cada parlamenta fica cingido em disponibilizar apenas a metade (inadmissível seria considerar o percentual no total das emendas apresentadas); não haverá execução obrigatório caso haja impedimento de ordem técnica. Vejamos do que cuida o último item.

De seu turno, o § 11 do mesmo artigo estabeleceu que “é obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o § 9º deste artigo” até o montante do percentual previsto”.

Tornou-se, então, obrigatório o pagamento das emendas individuais. Grande vitória do Parlamento. Foi a aprovação do texto aplaudido e comemorado como independência do Congresso Nacional.

O único impedimento para a liberação e pagamento dos recursos é “de ordem técnica” (§ 13 do art. 166).

O que significa o impedimento de ordem técnica? Em primeiro lugar, pode ser qualquer problema de documentação que deixe de ser apresentada. Em segundo lugar pode ocorrer a indisponibilidade de recursos (não se liquidou o que estava previsto). Ademais, pode ocorrer que a emenda apresentada não identifique com exatidão o destinatário, que desista da destinação ou que haja incompatibilidade com o objeto pretendido. Em tais hipóteses, não há como o Executivo atender a demanda. Haverá sobra orçamentária que deverá ser destinada a outro item por ato do Executivo.

Nesse caso, haverá exposição de justificativa dos motivos da impossibilidade da liberação dos recursos por parte do órgão demandado (inciso I do § 14 do art. 166 da CF). O Legislativo indicará o remanejamento, tão logo escoar o prazo de 120 (cento e vinte) dias.

Em tal hipótese, dispõe o inciso III do art. 166 que “até 30 de setembro ou até 30 (trinta) dias após o prazo previsto no inciso II, o Poder Executivo encaminhará projeto de lei sobre o remanejamento da programação cujo impedimento seja insuperável”.

O dispositivo veio para complicar. Mais fácil e racional será que o parlamentar ou apresente nova emenda ou que o Executivo, tendo sido demonstrada a impossibilidade do cumprimento da emenda, que lhe dê outra destinação, o que fará por ato do Executivo. É o que termina por dispôr o inciso IV do § 14 do art. 166 da Constituição Federal.

São comuns redações complexas. O que se poderia resolver através de lei ou de decreto exige disposição constitucional para sua solução. A matéria é bastante mesquinha para se situar na Lei Maior. Supõe-se que a Constituição disponha sobre a estrutura de poder e delibere sobre as garantias contra os excessos do poder, assegurando os direitos individuais, coletivos e sociais. Mas, infelizmente, nossa Constituição tornou-se um aflente de tudo e uma solução para nada.

Para viabilizar maior atendimento ao Parlamento este resolveu, por conta própria, estender as emendas obrigatórias às que forem formuladas por bancadas. Entenda-se: bancada significa o grupo formado pelos parlamentares de um mesmo partido e também as bancadas de cada unidade federativa. A dicção normativa refere-se apenas à bancadas de Estado e do Distrito Federal (§ 12 do art. 166 da CF).

Como são alinhavadas as emendas de bancada? Normalmente o Governador do Estado e o Prefeito da Capital ou de grandes cidades solicitam, através do coordenador da bancada, uma reunião para discussão e exposição do que eles necessitam. Em tal reunião expõem o que precisam e a bancada vota pela apresentação das emendas indicadas.

Analisemos o que vem disposto na Emenda Constitucional nº 100/2019.

## **A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 100/2019**

Como discorrido no item anterior, o Parlamento busca, a qualquer preço, sua independência. O que deveria ter partido de motivos nobres, ou seja, da simples liberação

de todas as verbas destinadas aos fins previstos no orçamento, o Parlamento, por vias oblíquas se protegeu. Motivo nobre: as receitas que ingressarem no orçamento têm sua destinação específica no que foi previsto e, pois, a despesa é obrigatória.

Insatisfeito com a orientação meramente dogmática, o Congresso Nacional busca sua autonomia com duas Propostas de emenda Constituição, buscando a vinculação de suas emendas. A primeira (EC 86/2015) e, agora, pela EC 100/2019. Verdadeira insanidade de uma constituição analítica e desvirtuada.

No entanto, vamos à sua análise.

A introdução do § 10 ao art. 165 da CF consolidou a obrigatoriedade do cumprimento do orçamento em sua inteireza. Era dispensável, como já afirmei em diversas oportunidades, mas, agora, o texto é bastante claro “A Administração tem o dever de executar as programações orçamentários, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade”.

Por si só o dispositivo dispensava todas as disposições do artigo inteiro. É dizer que uma lei é obrigatória e deve ser cumprida.

Tenho insistido – todas as disposições orçamentárias, em relação à despesa, são obrigatórias, desde e na condição de que se realizem as receitas previstas.

A partir daí a Emenda Constitucional deu nova redação aos §§ 12 a 14 do art. 166 da Constituição Federal.

O § 11 do art. 166 da CF determina o cumprimento obrigatório da execução orçamentária e financeira. O parágrafo 12 fê-lo incidir sobre “todas as emendas de iniciativa de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal”. Restringiu o “montante de até 1% (um por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior”. As emendas individuais podem alcançar até 1,2% da mesma base de cálculo.

Em suma: 2,2% da receita corrente líquida do exercício anterior estão comprometidos. Destinam-se ao pagamento das emendas.

O § 13 fala do impedimento por motivos de ordem técnica. Já comentamos o que isso seja no item anterior.

O § 14 trata de mera orientação a órgãos técnicos do governo para que analisem e verifiquem “eventuais impedimentos das programações e demais procedimentos necessários à viabilização dos respectivos montantes”.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 100/2019 completa-se um ciclo de braço de ferro entre Congresso Nacional x Executivo. Como ressaltai, o conflito agônico prossegue. Não termina.

O que pode acontecer daqui para frente? O Governo, sempre que entender possível instituirá um impedimento de ordem técnica para deixar de liberar as verbas decorrentes de emendas individuais ou de bancada.

Observe-se que não foi estabelecido prazo para a liberação das emendas. Isto é, podem ser pagas no início do exercício financeiro ou em seu final. Ou, é hipótese que deve ser aventada, quando da votação de projetos de emenda constitucional ou de lei que sejam importantes para o governo. O que pode suceder. Se o governo deixa para o final do exercício o pagamento das emendas individuais ou de bancada, pode ocorrer que os recursos previstos não se realizem. Em consequência, o Poder Público ver-se-á na contingência de baixar decreto de contingenciamento. Serão modos de deixar de cumprir a Constituição Federal de forma adequada e prevista em seu próprio texto.

Imaginemos que as verbas individuais dos partidos da oposição não tiveram qualquer liberação até o mês de outubro, por exemplo. Não se pode dizer o mesmo das emendas de bancada, porque estas têm deputados de diversos partidos, incluindo da oposição ao governo. Mas, em relação às individuais, nada impede que o Ministério da Economia resolva postergar a liberação das receitas em relação à bancada de oposição. O que poderão fazer? Nada. É que o governo arguirá a dificuldade por *motivos técnicos*, cujo conteúdo procuramos indicar, mas sem dúvida é bastante fluido.

Poderia haver recurso ao Judiciário para liberação de verbas? Dificilmente, porque o Supremo Tribunal Federal terá dificuldade na análise do motivo invocado para a dilação de pagamento.

Como se vê, avançou-se no pagamento de tais emendas, mas, ainda assim, podem surgir problemas em sua execução.

## O PROBLEMA DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Muito se fala da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais. Podemos colocar o problema em face do confronto que se instaura entre os órgãos de exercício de poder do Estado?

A proibição do retrocesso significa impossibilidade de, tendo atingido certo ponto o nível de exercício e garantia de direitos, de que haja revogação ou supressão do ponto em que avançou.

Ora, em primeiro lugar é discutível que se tenha a discussão da obrigatoriedade ou não do cumprimento do pagamento de verbas orçamentárias previstas em emendas individuais ou de bancada. Mas, pode-se pensar no beneficiário dos recursos. Pessoas carentes e pobres que necessitam de verbas para saneamento básico, ensino e saúde, por exemplo.

Poderiam as emendas constitucionais que trouxeram tais inovações ser revogadas? Não se pode, desde logo, afirmar que as emendas teriam tais finalidades, embora esteja claro que metade de seu montante deve ser destinado a “ações e serviços públicos de saúde” (parte final do § 9º do art. 166, introduzido pela EC 86/2015). Se assim forem as emendas e elas se destinarem a serviços de saúde de comunidades que não tenham, imaginemos, sequer um posto de saúde ou uma unidade básica de saúde para socorrê-los, como proceder. É avanço ou retrocesso?

O § 10 do art. 165 da EC 100/2019 tornou o orçamento uma peça obrigatória e vinculante. Seu cumprimento é obrigatório à Administração.

Nem se pode dizer que Administração é apenas o Executivo. Administração é o governo como todo, incluindo Legislativo e Judiciário, além dos demais órgãos com autonomia orçamentária como o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Tribunal de Contas. É o governo obrigado a seu cumprimento exaustivo.

Continuamos, no entanto, com o problema: pode haver revogação dos dispositivos inovadores? Entendemos que sim. Não há retrocesso algum. Claro que o novo texto acalma um conflito permanente, qual seja, o de evitar que Legislativo e Executivo se confrontem a todo instante. Mas, tal garantia não diz respeito a direitos fundamentais e, pois, não se aplica a doutrina que cuida da proibição do retrocesso.

É verdade que por ricocheteio os recursos podem beneficiar parte da população carente. Mas, não creio que a teoria chegue a tal requinte.

## DA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DIRETAMENTE A OUTROS ENTES FEDERATIVOS. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 105/2019. A REPACTUAÇÃO FEDERATIVA

Como complemento do advento do orçamento impositivo e para escapar da burocracia de apresentação de papéis dentro dos diversos ministérios, sobreveio a EC 105 para solucionar uma série de entraves na execução orçamentária.

A partir de agora e com o advento do art. 166-A, “As emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios por meio de: I transferência especial; ou II – transferência com finalidade definida”.

Os recursos que devam ser alocados a Estados, Distrito Federal e Municípios não integram a receita dos entes destinatários. Logo, ficam livres de limites da despesa com pessoal, bem como em relação ao endividamento.

A EC proíbe que os recursos transferidos sejam destinados a “despesas com pessoal e encargos sociais relativas a ativos e inativos, e com pensionistas” (inciso I) e “encargos referentes ao serviço da dívida” (inciso II).

A distinção entre a transferência especial e a transferência com finalidade definida diz respeito à indicação ou não da destinação da verba. Na primeira ocorre sua transferência, cabendo ao ente destinatário dar-lhe a finalidade que desejar. Há o repasse independentemente de convênio (inciso I do § 2º) cujo recurso passa a integrar as receitas dos entes beneficiários (inciso II) e a destinação da verba é dada por eles.

Como dispõe o inciso III do § 2º da EC 105/2019, 70% dos recursos deverão ser aplicadas em *despesas de capital*. A definição do que sejam despesas de capital está no art. 12 da Lei nº 4.320/1964. Os recursos podem ser aplicados em aquisição de máquinas, equipamentos, instalações, material permanente ou obras.

Estados, Distrito Federal e Municípios poderão “firmar contratos de cooperação técnica para fins de subsidiar o acompanhamento da execução orçamentária na aplicação dos recursos” (§ 3º do art. 166-A da EC 105/2019).

Na hipótese de destinação com finalidade definida o parlamentar indica (inciso I do parágrafo 4º do dispositivo em análise) onde quer alocar o recurso. Pode ser para saúde, educação, saneamento básico ou outra finalidade, como também para finalidade cultural (festivais, músicas, rodeios, etc.). O inciso II contém restrição à liberdade de alocação dos recursos, ou seja, devem ser aplicados em “ares de competência constitucional da União”.

Ora, a União tem um plexo de atribuições gigantesco e, pois, qualquer verba que for destinada aos demais entes federativos estará na competência concorrente da União.

De tal sorte que os recursos deverão ser enviados aos demais entes federativos e retirados do orçamento da União, sendo desnecessário apresentar projetos ou qualquer outro documento aos ministérios para liberação das verbas.

Antes de tal dispositivo, o parlamentar comunicava ao Governador ou Prefeito que havia alocado recurso orçamentário destinado à entidade federativa e esta era obrigada a apresentar um projeto acompanhado de uma série de documentos ao Ministério competente. Agora, está bastante simplificado: ou a verba é destinada ao ente federativo sem indicação de finalidade ou contém esta e, pois, vincula a ação do ente destinatário.

No primeiro semestre de aplicação da EC 60% do montante dos recursos ficarão destinados à transferência especial.

O conteúdo da EC 105/2019 é bastante interessante. Melhor seria a repactuação federativa. É que a maioria dos recursos tributários pertence à União. Daí ela distribui os recursos aos demais entes federativos através das denominadas receitas transferidas tributárias ou, então, ficam eles dependentes das transferências denominadas voluntárias. Cria-se odiosa sujeição dos demais entes federativos à União. Melhor seria que houvesse uma discussão sobre as atribuições de cada ente, bem como uma partilha mais adequada dos recursos auferidos pela União.

A União fica com a parte do leão. Governadores e prefeitos ficam de chapéu na mão e se dirigem permanentemente a Brasília para pedir recursos, pois seus Estados e Municípios são inadimplentes. Pode ser fruto de má gestão, mas, em verdade, os recursos não são partilhados de acordo com as necessidades de cada ente. Estes não logram dar conta de suas atribuições constitucionais ou legais e são obrigados a pedir os Municípios aos Estados e todos à União que salve suas finanças.

Em próxima Constituinte Originária impõe-se uma discussão sobre as competências de cada ente federativo. Deverão ser verificadas as atribuições de cada qual e, então, estabelecer a partilha do bolo de recursos.

De qualquer maneira, o envio direto de verbas públicas através das emendas individuais para Estados, Distrito Federal e Municípios é mais um avanço que se dá em tornar impositivo o orçamento, mas mais do que isso de dar efetiva vida ao federalismo.

Tenho afirmado que nosso Estado tem um sistema unitário descentralizado ao invés de se constituir em federação. Vício que vem do Brasil colônia e do Brasil Império. Mesmo com a república não se conseguiu dar foros de autonomia efetiva aos Estados-membros que ficam, ainda hoje, nas dependências da arrecadação tributária e não tributária da União.

Aos poucos, estamos avançando.

## CONCLUSÕES

Pela análise que fizemos das três emendas constitucionais que deliberaram instituir, agora por escrito, o orçamento impositivo e permitir que as emendas individuais dos parlamentares cheguem diretamente aos Estados, Distrito Federal e Municípios constituíram-se em avanços federativos importantes.

Em primeiro lugar liberta o parlamentar de ficar mendigando ao Executivo a liberação de suas emendas. Em seguida, transfere os recursos diretamente ao ente beneficiário. Ademais, libera de apresentação de projetos inúteis e que apenas serviam para transação bancária interna entre pedinte e funcionários dos ministérios. Por último, garante às bancadas que se prestigiem junto ao governo local. Melhoras inequívocas. 



**REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA** é professor de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo – USP. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Presidiu a Associação Paulista de Magistrados, a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Federação Latino Americana de Magistrados. Exerceu vários cargos eletivos entre vice-prefeito e, interinamente, prefeito de São Paulo e o de deputado federal. É autor de vários livros de Direito, estudo filosófico e romances.

# Juiz não é polícia!

“Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal ignora o princípio acusatório, como já o houvera feito – há pouco tempo – em relação ao inquérito das *fake news*. É indubitável, desde o ponto de vista do sistema acusatório e, conseqüentemente, do princípio acusatório, não ser possível transferir para a autoridade judiciária uma função tipicamente policial.”

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA



**N**o dia 10 de outubro de 2006, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil propôs uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 3807), questionando a validade do § 3º, do art. 48 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas). Nesta ação, alegou-se ofensa ao princípio do devido processo legal, pois o dispositivo legal indicado autoriza o Juiz a “adotar providências no âmbito do procedimento sumaríssimo denominado termo circunstanciado, inclusive, com as requisições dos exames periciais necessários”, conferindo-lhe, por conseguinte, “poderes inquisitivos, com violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa”, além de usurpar as atribuições constitucionais das Polícias Federal e Civil.

Assim, pediu-se que fosse declarada a inconstitucionalidade do citado § 3º, ou que se lhe fosse dada uma interpretação conforme a Constituição Federal, impedindo, de toda maneira, que o juiz se imiscuisse numa fase eminentemente de natureza policial/investigatória, como se uma autoridade policial fosse.

Quase catorze anos depois, finalmente, o plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão virtual encerrada em 26 de junho, por maioria, julgando improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, decidiu “que a autoridade policial pode lavrar termo circunstanciado de ocorrência e requisitar exames e perícias em caso de flagrante de uso ou posse de entorpecentes para consumo próprio, *desde que ausente a autoridade judicial.*”

Segundo o voto da relatora, ministra Cármen Lucia, “com o § 3º do art. 48 da Lei de Drogas, a autoridade policial, em relação a quem adquirir, guardar ou transportar droga para consumo pessoal, pode lavrar o flagrante e tomar as providências previstas na lei *se ausente a autoridade judicial.*”

Assim, “presume-se que, *presente a autoridade judicial, cabe a ela a adoção dos procedimentos, até mesmo quanto à lavratura do termo circunstanciado*”, estando vedada, em qualquer caso, a detenção do autor, sendo esta a interpretação que melhor “se amolda à finalidade dos dispositivos, que é a despenalização do usuário de drogas.” (grifei).

Neste mesmo voto, consigna-se que o dispositivo legal questionado foi editado “em benefício do usuário de drogas, visando afastá-lo do ambiente policial quando possível e evitar que seja indevidamente detido pela autoridade policial.”

Ademais, “o dispositivo não atribuiu ao órgão judicial competências de polícia judiciária, pois a lavratura de TCO não configura ato de investigação, mas peça informativa, com descrição detalhada do fato e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato.”

No julgamento virtual, os ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes acompanharam a relatora, com a ressalva de que, “do ponto de vista constitucional, a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência pela autoridade judicial não é medida preferencial em relação à atuação da autoridade policial, mas, na prática, medida excepcional.”

Único a divergir, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido e pela inconstitucionalidade da norma, pois “a lavratura do termo circunstanciado compreende atividade investigatória privativa dos delegados de polícia judiciária, e delegá-la a outra autoridade viola a repartição de competências prevista na Constituição Federal.”

Pois bem.

Vejamos o erro desta decisão (e o acerto do voto vencido), antes, porém, transcrevendo todo o art. 48 da Lei de Drogas, para uma melhor compreensão:

“Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.<sup>1</sup>

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.” (grifei).

Note-se que este mesmo procedimento já está previsto em nossa legislação desde a promulgação da Lei nº 9.099/95, senão vejamos:

“Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.”

Vê-se, portanto, que a nossa legislação já prevê, sempre com a aprovação da Suprema Corte, igual procedimento quando se tratar de suposta prática de uma infração penal de menor potencial ofensivo.

Neste aspecto, nada de novo!

Novidade é admitir, como fez a Suprema Corte, a validade constitucional de uma lei que confere ao magistrado a competência para exercer uma função de natureza tipicamente policial, como é a lavratura de um termo circunstanciado de ocorrência, que se trata, afinal de contas, de uma peça informativa (e de natureza investigatória, sem dúvidas!) na qual se relata a (suposta) prática de uma infração penal.

Se o objetivo, como consta do voto da relatora, é afastar o eventual “usuário de drogas” do ambiente policial, deveria a Suprema Corte descriminalizar definitivamente a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas (e não insistir numa despenalização inócua e ainda mais geradora de estigmatização), o que – isso sim! – evitaria até mesmo a condução coercitiva do suposto autor do fato (encontrado em estado de flagrante) a uma delegacia de Polícia ou ao Juizado Especial Criminal, como ocorre hoje, e continuará acontecendo enquanto não se julgar o Recurso Extraordinário nº 635659, em trâmite na Suprema Corte desde 2011, e até hoje sem nenhuma previsão para julgamento.<sup>2</sup>

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal ignora o princípio acusatório, como já o houvera feito – há pouco tempo – em relação ao inquérito das *fake news*.<sup>3</sup> É indubitável, desde o ponto de vista do sistema acusatório e, conseqüentemente, do princípio acusatório, não ser possível transferir para a autoridade judiciária uma função tipicamente policial.<sup>4</sup>

Dizer que a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência “não configura ato de investigação, mas peça informativa, com descrição detalhada do fato e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato”, além de não dizer nada, apenas reforça a tese de que o juiz não poderia lavrá-lo, afinal, convenhamos que

não é uma atividade jurisdicional a confecção de uma peça informativa de natureza criminal que, afinal, pode até vir a sustentar uma transação penal ou mesmo uma peça acusatória formulada pelo Ministério Público, quando, então, teremos o supremo absurdo de um juiz produzir um material fático apto a fundamentar a hipótese acusatória do órgão acusador.

*Mutatis mutandis*, é como se voltássemos no tempo e revivêssemos a velha e tosca ação civil *ex delicto*, ainda hoje uma norma vigente no art. 26 do Código de Processo Penal, nada obstante sem validade alguma à luz do art. 129, I, da Constituição da República.<sup>5</sup> Tampouco convence a justificativa de que se evitaria a prisão do usuário, pois esta vedação está expressamente prevista na mesma lei.

Aqui, importante repetir: fundamental é a descriminalização da conduta, único caminho para evitar a condução do usuário para uma agência estatal de repressão, seja uma delegacia de Polícia, seja o Juizado Especial Criminal. Em ambos os casos, nada obstante mudar a figura do opressor, a censura é a mesma, e o prejuízo também.

Agora, doravante, além de poder instaurar *ex officio* inquérito para apurar infração penal (como decidiu o próprio STF no caso das *fake news*), pode também o juiz brasileiro, como se de uma autoridade policial se tratasse, proceder à lavratura de termo circunstanciado de ocorrência.

Definitivamente, estão querendo transformar o juiz brasileiro naquele mesmo rinoceronte, de Ionesco, o genial dramaturgo do teatro do absurdo. Nesta peça, além de uma grande sátira ao nazismo (como se mostrou depois), Ionesco critica também “o conformismo, que, criando condições de submissão a uma ordem absurda, transforma os homens em verdadeiros títeres.”

Lá, na cidade dos rinocerontes, “por comodismo, por inércia, por interesse, os conformados seguem passivamente a manada, mansos e anônimos, renunciando àquilo que neles é mais essencial e elevado: o pensamento.”<sup>6</sup> 

## NOTAS

- 1 O art. 28 da Lei de Drogas estabelece como autor de uma infração penal “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, além de quem, “para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.”
- 2 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-23/alexandre-moraes-libera-voto-re-posse-drogas>. Acesso em 14 de julho de 2020.
- 3 Sobre o assunto veja aqui o que escrevemos: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/rosa-moreira-invalidade-investigacao-oficio-stf>. Acesso em 14 de julho de 2020. Observa-se também que o ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia do novo art. 3º-A, do CPP, segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”
- 4 Por todos, faço referência ao Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que há décadas adverte acerca da necessidade de mudança da mentalidade inquisitória do nosso processo penal. Aqui, por exemplo: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>. Acesso em 14 de julho de 2020.
- 5 Esta ação estava prevista também na Lei nº 4.611/65, revogada justamente pela Lei nº 9.099/95.
- 6 IONESCO, Eugène. *O Rinoceronte*. São Paulo: Abril Cultural, 1976, p. XVIII (da apresentação da obra).



**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** é Procurador de Justiça do MP/BA e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.



# MEDIDA PROVISÓRIA

## Inteligência do art. 62, § 10, da CF

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

**“A reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional configura, inclusive, hipótese de crime de responsabilidade, no sentido de impedir o livre exercício do Poder Legislativo (CF, art. 85, II), pois o Presidente da República estaria transformando o Congresso em “um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência a posteriori viraria mera fachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões”.**”

**A** Constituição brasileira, até o momento em que as 24 Subcomissões, as 8 Comissões e a Comissão de Sistematização encerraram seus trabalhos, preparando-se esta última para enviar seu projeto para o Plenário da Constituinte, estava conformada para a adoção do sistema parlamentar de governo, que embora mitigado em relação aquele modelo hospedado pela maioria dos países europeus, reintroduziria, pela terceira vez, esta forma de governo no Brasil.

Liderado pelo Deputado Roberto Cardoso Alves, formou-se no plenário da Constituinte um grupo denominado “Centrão”, que passou a conformar o texto recebido da Comissão agregadora das propostas recebidas dos trabalhos das demais Comissões, nos moldes da maioria que representava, alterando sensivelmente o projeto original.

No concernente à forma de governo, informaram-me, pois eu participara de audiências públicas, a convite dos parlamentares, mantendo contato permanente com o presidente, Deputado Ulisses Guimarães e o relator, Senador Bernardo Cabral, sobre ter elaborado um pequeno roteiro para 66 constituintes, publicado pela Editora Forense (“Roteiro para uma Constituição”), que pressões do Poder Executivo levaram o plenário a mudar o sistema parlamentar para o presidencial, em troca da redução do mandato do presidente de 6 para 5 anos, hipótese negada pelo consultor geral da República, o saudoso amigo e advogado Saulo Ramos.

O certo é que a mudança do sistema, já no final das discussões do texto constitucional não permitiu que alguns dispositivos próprios do sistema parlamentar fossem retirados, como o da Medida Provisória.

O texto que restou proposto ao plenário era literal reprodução, menos no aspecto temporal, do instrumento legislativo adotado pelo sistema parlamentar de governo da Itália.

Com efeito, na redação, finalmente aprovada pelos constituintes constava apenas o prazo de 30 dias, quando o texto italiano de idêntica redação, falava em 60 dias.

É de se lembrar que, nada obstante a rejeição dos constituintes a ideia da permanência dos decretos-leis da Lei Suprema anterior, conformada na EC nº 1/69, pois entendiam próprio de um regime de exceção do qual se libertaram, só adotaram a medida provisória nos trabalhos das Comissões, pois o regime seria parlamentar.

O certo é que, aprovada a Constituição em 05/10/88, a Medida Provisória, no texto original (art. 62), com um único parágrafo, assim redigido:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”;

passou a ser amplamente utilizado pelo Poder Executivo, com sucessivas reedições, visto que raramente se aprovava qualquer medida no prazo de 30 dias.

O excessivo uso do veículo legislativo outorgado ao Poder Executivo levou o Congresso Nacional à aprovação da EC nº 32/01, disciplinando o uso das medidas provisórias, em nível de lei maior.

Passou a ter, o art. 62, não mais um único parágrafo, mas 12. Entre eles consta o § 10, cuja dicção é a seguinte:

“§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

Na terceira edição dos “Comentários à Constituição do Brasil”, que elaborei com Celso Ribeiro Bastos, em 15 volumes pela Editora Saraiva, expliquei a razão de sua inclusão na Carta da República:

“A medida provisória pode perder sua vigência e eficácia de duas formas, ou por rejeição ou por decurso de prazo.

Nas duas hipóteses, houve por bem o constituinte proibir uma nova edição na mesma sessão legislativa para que não venha a ocorrer episódio semelhante aos dos débitos agrícolas, que sofreram a incidência de juros do mercado financeiro e tiveram seus preços congelados, durante o plano real, imposição “legal” que violentou nivelação determinada pelo art. 187 da Constituição Federal. O congresso chegou a derrubar veto presidencial, quando alterou Medida Provisória para que a equiparação se desse, tendo o veto derrubado sido restabelecido, uma semana após, por força de idêntica medida!!!

Na mesma sessão legislativa, não há possibilidade de reedição deste instrumento jurídico. Nos casos, todavia, de rejeição no decurso de prazo, no fim da sessão, praticamente não se pode evitar a reedição quase simultânea, ou seja, no início da sessão seguinte” (p. 509 do volume 4 tomo I, 2012).

A discussão que se colocava desde o início, foi se uma Medida Provisória rejeitada no exercício seguinte ou mesmo não aprovada por decurso poderia ser reeditada, no ano de sua perda de eficácia.

Terminou, jurisprudencialmente, prevalecendo a corrente de que o parágrafo décimo referia-se, não à data de “edição”, nada obstante falar o dispositivo em “reedição” no mesmo exercício, mas à data da “rejeição” e do “decurso de prazo”, mesmo que ocorrendo no exercício posterior à sua edição.

Neste sentido, leia-se os comentários do Ministro Alexandre de Moraes na 13ª edição de seu “Direito Constitucional” (p. 449):

#### “4.3.3. Rejeição expressa da medida provisória pelo Congresso Nacional.

Uma vez rejeitada expressamente pelo Legislativo, a medida provisória perderá seus efeitos retroativamente, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, no prazo de 60 dias.

Importante ressaltar que não existe possibilidade de reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Neste ponto, filiamo-nos integralmente à opinião consensual da doutrina constitucional brasileira, que enfatiza com veemência impossibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República editar nova medida provisória cujo texto reproduza, em suas linhas fundamentais, os aspectos essenciais da medida provisória que tenha sido objeto de expressa rejeição parlamentar.

Tratando-se de medida provisória formalmente rejeitada, o Supremo Tribunal Federal não admite sua reedição, pois o Poder Legislativo seria provocado para manifestar-se, novamente, sobre matéria que já houvera rejeitado, e com o gravame da nova e insistente regulamentação de matéria já rejeitada voltar a produzir efeitos, até que fosse, novamente, rejeitada.

A reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional configura, inclusive, hipótese de crime de responsabilidade, no sentido de impedir o livre exercício do Poder Legislativo (CF, art. 85, II), pois o Presidente da República estaria transformando o Congresso em “um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência a posteriori viraria mera fachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões”.

*Esse entendimento foi consagrado pela Emenda Constitucional n° 32/01, que, expressamente, estabeleceu a impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada (CF, art. 62, § 10).” (grifos meus).*

No mesmo sentido leia-se, no livro “A Constituição e o Supremo”, o seguinte:

Entendo, todavia, que eventual medida provisória que venha a ser editada especificamente sobre o ponto não constante da Medida Provisória anterior, mas introduzido por proposta parlamentar e nela inserida e aprovada, porém vetada, se vier a ser editada em bases semelhantes à introdução do Legislativo, não corresponderá a reedição de medida provisória, mas primeira edição daquele ponto, por meio de medida provisória.

É que, nesta hipótese, não há que se falar nem em

1) Reedição,

ou

2) Rejeição de texto constante de Medida Provisória,

mas

3) Aprovação pelo Congresso Nacional na lei de conversão.

Não há como enquadrar-se a hipótese no parágrafo 10 do art. 62 em eventual edição da Medida Provisória tratando da matéria nos mesmos moldes em que foi aprovada pelo Parlamento e vetada por divergências pontuais. Haveria até um respeito maior à vontade legislativa, que, não sem razão, quando se fala em harmonia e independência de poderes surge em primeiro lugar em relação aos outros poderes (Executivo e Judiciário), tendo também tratamento prioritário, pois antecede no texto constitucional a sua disciplina (art. 44 a 69) aos do Executivo (art. 76 a 91), poderes de representação popular, a um poder técnico, que é o Judiciário (art. 92 a 126).

É que no Poder Legislativo encontra-se representada a totalidade da nação (situação e oposição), enquanto no Executivo, apenas a situação, sendo o Poder Judiciário um poder não de representação popular, mas técnico, constituído na sua maioria por concursados em difíceis exames ou indicados por seus representantes de classe (Ministério Público e Advocacia) para escolha de magistrados e, por fim, do chefe do Executivo, lembrando-se que a escolha de um Ministro do Supremo Tribunal Federal é da competência exclusiva, sem indicações ou concursos, do Presidente da República.

Ora, o texto que poderia ser editado em eventual medida provisória prestigiaria o Legislativo e nem poderia ser inquinada de ferir o art. 67, assim redigido:

“Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional”;

pois este fala em reapresentação de projeto de lei rejeitado pelo Parlamento e no caso receberia o Congresso uma medida provisória avalizando a decisão congressual favorável que sofreu o veto presidencial por meras questões pontuais.

Discute-se, todavia, se a vedação pretoriana de reedição atinge também diferenças pontuais. Já decidiu o STF que medidas provisórias formalmente modificadas, que não modificam anteriores MPs rejeitadas, não podem ser reeditadas.

Leia-se:

\* “ADI 3964 MC, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-03 PP-00469 RTJ VOL-00204-03 PP-01129 LEXSTF v. 30, n. 352, 2008, p. 60-99:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 394/07, QUE “DÁ NOVA REDAÇÃO AO § 3º DO ART. 5º DA LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003”. LEI QUE “DISPÕE SOBRE REGISTRO, POSSE E COMERCIALIZAÇÃO DE ARMAS DE FOGO E MUNIÇÃO, SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE ARMAS – SINARM”.

1. Num exame prefacial, tem consistência a alegação de que a MP nº 394/07 é mera reedição de parte da MP nº 379/07. Isto porque a mais recente incorpora temas da mais antiga, sem o aporte de modificações substanciais. São os temas: a) da prorrogação do prazo para renovação de registros de propriedade de armas de fogo, expedidos pelos órgãos estaduais; b) da fixação dos valores das taxas a recolher em caso de registro de armas, renovação do certificado de registro, expedição de porte da arma, etc.

2. Impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória revogada. Tese contrária importaria violação do princípio da Separação de Poderes, na medida em que o Presidente da República passaria, com tais expedientes revocatório-reedicionais de medidas provisórias, a organizar e operacionalizar a pauta dos trabalhos legislativos. Pauta que se inscreve no âmbito do funcionamento da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e, por isso mesmo, matéria de competência privativa dessas duas Casas Legislativas (inciso IV do art. 51 e inciso XIII do art. 52, ambos da CF/88).

3. De outra parte, o ato de revogação pura e simples de uma medida provisória outra coisa não é senão uma auto-rejeição; ou seja, o autor da medida a se antecipar a qualquer deliberação legislativa para proclamar, ele mesmo (Poder Executivo), que sua obra normativa já não tem serventia. Logo, reeditá-la significaria artificializar os requisitos constitucionais de urgência e relevância, já categoricamente desmentidos pela revogação em si.

4. Medida liminar deferida para suspender a eficácia da MP nº 397/07 até o julgamento de mérito desta ação direta de inconstitucionalidade” (grifos meus).

Como se percebe, se não houver modificações substanciais, na reedição da medida provisória no mesmo exercício, esta se torna inconstitucional.

Ora, poder-se-ia dizer que uma edição de medida provisória sem alterações substanciais seria reedição da medida provisória anterior, se:

a) rejeitada

ou

b) não aprovada por decurso de prazo.

Ora, Medida Provisória reformulada pelo Legislativo, na hipótese nem seria rejeitada, nem perderia eficácia por decurso de prazo, mas teria sido pelo Congresso

c) Aprovada em lei de conversão e pelo presidente, posteriormente, vetada.

Não há, pois, que falar em modificações não substanciais, na reedição de medida rejeitada ou não aprovada, mas em lei de conversão aprovada com a redação a ser reapresentada, nos termos desejados pelo Congresso Nacional.

Embora seja hipótese rara a examinada neste estudo, apenas procurei complementar meu entendimento aos comentários que elaborei quando de sua publicação pela Editora Saraiva, no volume 4, tomo I.

A2020-034 INTELIGENCIA DO ART 62 PARAGRAFO 10 DA CF 



ARQUIVO PESSOAL

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO – SP.

# Conciliação entre família e trabalho em tempos de pandemia

■ POR EDUARDO PRAGMÁCIO FILHO E LISSA TOMYAMA

**A** pandemia constatou o atraso legislativo brasileiro no trato da conciliação entre família e trabalho, o que também se revela na não ratificação da Convenção 156 e da Recomendação 165, ambas da OIT, as quais abordam como os Estados, empresas e sindicatos devem lidar com as responsabilidades familiares de trabalhadores.

Família e trabalho são dois valores eminentes, dominam quase que a totalidade da vida adulta, mas a CLT não os concilia, pois é baseada em uma noção dita tradicional, matrimonial, monogâmica, parental, heterossexual e patrimonial de família, reproduzindo o modelo “homem-provedor versus mulher cuidadora”. A legislação trabalhista pátria olvida a existência de vários outros arranjos familiares, como os são a família informal, a monoparental, a anaparental, a reconstituída, a homoafetiva, etc.

É preciso aprimorar essa conciliação, saindo de uma proteção meramente à maternidade, passando a uma proteção à parentalidade (família), seja por meio de licenças parentais mais adequadas (deixando que a família decida quem e quando vai tirar tais licenças), seja por meio de maiores flexibilidades de horários, seja pela criação de creches e casas de cuidados às crianças, idosos e pessoas com deficiência.

Na pandemia, é possível indagar, por exemplo, se um empregado tem direito ao teletrabalho ou à flexibilidade de horário, como forma de conciliar o trabalho com os cuidados familiares.

O Estado deve regular melhor a conciliação entre família e trabalho e proporcionar creches e casas de cuidados a idosos e pessoas com deficiência. Os sindicatos, por meio da negociação coletiva, devem fomentar a participação feminina e criar cláusulas que garantam a proteção à parentalidade, e, até, promover diretamente a prestação de serviços assistenciais. Por fim, às empresas, cabe-lhes o reconhecimento das responsabilidades familiares de seus empregados e aceitar que isso afeta diretamente a vida laboral, afinal, essa é uma responsabilidade social empresarial.

Avançar é preciso. O isolamento social, provocado pela pandemia, escancarou a necessidade de uma melhor atuação estatal, sindical e empresarial para aprimorar a conciliação entre família e trabalho. 



ARQUIVO PESSOAL

**EDUARDO PRAGMÁCIO FILHO** é Advogado, Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP, Pesquisador do Getrab-USP.



ARQUIVO PESSOAL

**LISSA TOMYAMA** é graduanda em Direito pela USP, pesquisadora do Getrab-USP.

DISQUE  
DIRETOS  
HUMANOS  
100

#NÃOSECALE

**DENUNCIE A EXPLORAÇÃO  
SEXUAL INFANTIL. DISQUE 100.  
MESMO DE MÁSCARA SUA VOZ PODE SER OUIDA**

ACESSE:

**LIBERTA.ORG.BR**

f @ INSTITUTOLIBERTA

**LIBERTA**