

Jéssyka Maria Nunes Galvão
(Organizadora)



Direito Contemporâneo:

desafios e possibilidades
Vol. 5



AYA EDITORA
2023

Jéssyka Maria Nunes Galvão
(Organizadora)

**Direito contemporâneo:
desafios e possibilidades**

Vol. 5

Ponta Grossa
2023

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizadora

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Capa

AYA Editora©

Revisão

Os Autores

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

**Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros
Rodrigues**

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

**Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira
Miranda Santos**

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

D59896 Direito contemporâneo: desafios e possibilidades [recurso eletrônico]. / Jéssyka Maria Nunes Galvão (organizadora) -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 181 p.

v.5

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-277-7

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202

1. Direito. 2. Conselhos tutelares - Brasil. 3. Adoção – Brasil. 4. Direito tributário – Brasill. 5. Direito do trabalho. 6. Indígenas da América do Sul - Brasil. I. Galvão, Jéssyka Maria Nunes. II. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações de
Periódicos e Editora LTDA**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557

Ponta Grossa - Paraná - Brasil

84.071-150

SUMÁRIO

Apresentação..... 9

01

Conselho tutelar e a (in) visibilidade das redes de atendimento à infância, à adolescência e à família ... 10

Priscila Guadalupe dos Santos Guterres

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.1

02

Adoção: um problema processual ou social? 25

Igor Vilela Mussi

Katiucia de Oliveira Peres

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.2

03

Sistema S: Uma análise do Sistema S e seus desdobramentos no Direito Tributário..... 37

Ricardo Elias Hack

Flávia Piccinin Paz

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.3

04

A Literatura como um Direito Humano e sua Positivação 53

Eufrásio Moraes de Freitas Neto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.4

05

Impenhorabilidade de salários: tensões entre legislação, doutrina e jurisprudência 63

André Espíndola Moura

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.5

06

A importância do direito à desconexão nas relações de trabalho 74

Jeferson de Melo Ferreira

Yan Gabriel Santiago Sales

André Luiz de Oliveira Brum

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.6

07

Justiça ambiental e sustentabilidade: o papel do direito na preservação do meio ambiente 91

Edinaldo Inocêncio Ferreira Junior

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.7

08

A autotutela constitucionalizada e a cláusula resolutória expressa 106

Vinicius Sena Gomes de Moraes

Rubia Mafort Clementino Silva

Marina Minassa Manzano

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.8

09

O surgimento dos memes e sua representação para a política 118

Simone Alves Martins
Márcio Achtschin Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.9

10

Infiltração de agentes: limites e imunidades..... 128

Ronaldo Alves Marinho da Silva
Arthur Irwin Rosa Santos Góis

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.10

11

Testamento Vital: Uma Análise das Diretivas Antecipadas de Vontade no Ordenamento Jurídico Brasileiro 144

Isabelle Cristina Vieira
Mariana Swerts Cunha

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.11

12

A garantia de territorialidade aos povos indígenas na convenção N° 169 OIT 164

Maria Eduarda Macenhan Pavesi
Marianne Raier de Lara
Taynara Cristine Itaoui
Pedro Fauth Manhães Miranda

DOI: 10.47573/aya.5379.2.202.12

Organizadora 174

Índice Remissivo..... 175

Apresentação

É com grande satisfação que apresento o livro **“Direito contemporâneo: desafios e possibilidades– Volume 5”**. Esta obra traz uma série de capítulos escritos por autores de diversas áreas do Direito, que discutem temas relevantes e atuais.

Nessa Coletânea foram abordados assuntos como: *conselho tutelar e redes de atendimento à infância, adolescência e família; adoção; sistema S e direito tributário; literatura como direito humano; impenhorabilidade de salários; direito à desconexão nas relações de trabalho; justiça ambiental e sustentabilidade; autotutela constitucionalizada; memes e política; infiltração de agentes; testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro; territorialidade aos povos indígenas.*

Cada um desses temas é analisado de forma objetiva e científica pelos autores, trazendo reflexões e estudos críticos sobre as possibilidades e desafios do Direito contemporâneo. Tais análises são resultado de pesquisas e experiências práticas, o que os torna ainda mais relevantes, além de contribuírem para o debate acadêmico.

Por fim, acreditamos que este livro será uma importante referência para estudantes, professores, advogados e demais profissionais jurídicos, bem como para todos aqueles interessados em conhecer e debater os desafios e possibilidades do Direito nos tempos atuais.

Boa leitura!

Conselho tutelar e a (in) visibilidade das redes de atendimento à infância, à adolescência e à família

Tutelary council and the (in) visibility of the child, adolescence and family care network

Priscila Guadalupe dos Santos Guterres

RESUMO

O estudo analisa violações de direitos cometidas contra a criança/adolescente, que são produto e produzidas de forma multifacetada nas relações sociais inscritas no modo de produção capitalista. Para tanto, retomei a dissertação: Conselho Tutelar e a (in)visibilidade das Redes de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família de minha autoria. Investigação que utilizou como métodos: o materialismo histórico-dialético, cujo alicerce de análise se encontra nas categorias de historicidade, de contradição, de totalidade e de práxis e a pesquisa-Intervenção. Os locais de pesquisa foram o Conselho Tutelar da Restinga, onde se examinou 161 expedientes, nos quais constam as violações de direitos cometidas contra o segmento infanto-juvenil e a Rede de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família da Restinga. Nesses equipamentos sociais realizou-se entrevistas com os agentes de direitos. As determinações políticas, econômicas e históricas configuram e operacionalizam as políticas públicas e sociais destinadas ao segmento infanto-juvenil e às famílias das camadas populares, as quais têm contribuído para o processo de (re) produção das violações de direitos humanos e de cidadania cometidas contra o segmento social infanto-juvenil. Quando requeridos, os serviços públicos não são acessados pelos sujeitos infantojuvenis, de modo que não corroboram para o enfrentamento de violações de direitos. Desse modo, em tempos de extrema pobreza e diversas perdas de direitos conquistados pela classe trabalhadora, a atual configuração das políticas públicas e sociais destinadas aos segmentos infanto-juvenil tem contribuído para o aviltamento de vidas, de sujeitos infantojuvenis, de adultos, na condição de usuários e/ou trabalhadores executores dessas ações políticas.

Palavras-chave: conselho tutelar. rede de proteção. violações de direitos.



ABSTRACT

The study analyzes rights violations of rights committed against children and adolescents, which may be produced in a multifaceted way, and in some social relations related to the capitalist mode of production. For that, I analyzed the dissertation: Tutelary Council and the (in)visibility of the Child, Adolescence and Family Care Networks of my own. The method used rests under historical-dialectical materialism, whose foundation of analysis is found in the categories of historicity, contradiction, totality, as well as praxis and Research-Intervention. The research sites for this thesis were Restinga's Child Protective Services, which 161 cases of abuse were examined. They included violations of rights committed against the child and youth segment, Restinga's Child, Adolescent and Child Care Center. In these social places in Restinga, which is a neighborhood in Porto Alegre, interviews were carried out with rights agents. Political, economical, and historical determinations configure the public and social policies aimed at the child and youth segment, as well as the families of the poor have contributed to the process of (re) production of violations of human rights and citizenship committed against the social segment of children and youth. The public services, when required, are not accessed by the children and adolescents, thus do not corroborate to the confrontation of rights violations. Thus, in situations of extreme poverty, loss of rights won by the working class, the current configuration of public and social policies aimed at the child and youth segment has contributed to the degradation of lives of children and adults, as users and / or workers executing these political actions.

Keywords: guardian council. protection network. violations of rights.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende divulgar uma pesquisa intitulada: Conselho Tutelar e as Redes de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família orientada pela professora Dr^a Laura Souza Fonseca, que possui como objeto de investigação violações cometidas contra crianças/adolescentes e seus direitos. Entendemos que a perpetuação dessas violações de direitos humanos e de cidadania ocorrem de modo multifacetado, fundamentando-se como produto e produtoras das relações sociais estabelecidas no modo de produção capitalista.

A concretização desta investigação é fruto do envolvimento da pesquisadora que estabeleceu sucessivas aproximações em relação a esse objeto de pesquisa, obtidas por meio de ações de ensino, extensão e pesquisa, a tríade indissociável acessada durante o percurso de realização de minha formação inicial em Pedagogia, bem como durante a realização do Mestrado em Educação pela Universidade Pública (UFRGS).

A escolha deste objeto de pesquisa está intrinsecamente relacionada com as minhas experiências de vida como mulher, negra, moradora de periferia e agora professora/pesquisadora da presente pesquisa interventiva. Minhas experiências de vida em programas/projetos na área da assistência social, minha trajetória como estudante de escolas públicas, bem como discente nesta Universidade Pública viabilizaram mudanças nas rotas de existência. Realizei o deslocamento de lugares de existência estabelecendo relações com as políticas públicas e sociais, ora ocupando o lugar de usuária, ora como executora da política educacional em escolas públicas municipais na periferia de nossa cidade.

Para pesquisar as categorias de violações de direitos cometidos contra o segmento infante-juvenil na Rede de Atendimento da Restinga, foi necessário identificar as medidas de proteção que foram aplicadas pelos conselheiros tutelares. A partir do campo empírico em estudo, compreendemos as categorias de violações de direitos humanos e de cidadania. Para tanto, participei das reuniões da Rede da Restinga, examinamos expedientes de crianças e adolescentes que foram produzidos por conselheiros tutelares. Nesses expedientes constam fatos que ameaçam/violam direitos humanos e de cidadania.

Os gestores locais das políticas públicas e sociais presentes nas reuniões da Rede de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família da Restinga são trabalhadores, pertencentes às Redes Própria e Conveniada, da Prefeitura de Porto Alegre. Além desses gestores dos serviços de atendimento, mesmo que em proporção reduzida, temos alguns agentes públicos de direitos sociais participando desse espaço de sociabilidade. No entanto, a configuração das políticas públicas e sociais é mediada por ações políticas e econômicas que estabelecem a estruturação dessas ações políticas. Quando eleitos pela maioria da população no Estado Democrático de Direitos, gestores não viabilizam a ampliação com qualidade das políticas públicas e sociais.

No grupo de pesquisa GTFH/UFRGS assumimos como concepção de mundo o método *Materialista Histórico-Dialético*, relegando-me uma postura de vida, que está implicada na defesa de direitos à classe trabalhadora, para além da teoria social. Apresento minhas compreensões iniciais em relação a esse método, com a certeza de que ainda é possível fazer um estudo mais aprofundado em relação a seus aspectos teóricos tendo o devido rigor metodológico.

A *dialética histórico-materialista* é utilizada como lente dessa investigação. Atentamos para o campo das contradições compreendendo as violações de direitos humanos e de cidadania que foram identificadas. Além disso, também utilizamos o método da Pesquisa Intervenção nessa investigação, cujo referencial teórico está fundamentado em Lourau (1993).

Objetivamos com esta dissertação identificar as principais categorias de violações de direitos que são impingidas contra os sujeitos infantojuvenis e as famílias pertencentes às classes populares. Para tanto, tivemos como locais de pesquisa o Conselho Tutelar da Restinga e a Rede de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família. Nesses equipamentos sociais, a pesquisadora e trabalhadora em educação dedicou-se e fez intervenções estando profundamente implicada com o campo empírico em estudo, primeiramente com regime de trabalho de 20 (vinte) horas semanais e posteriormente com 30 (trinta) horas de trabalho como professora das Séries Iniciais do Ensino Fundamental da Rede Municipal de Ensino de Porto Alegre. As intervenções se deram fundamentalmente com os agentes de direitos atuantes nos serviços de atendimento, nos programas/projetos de atendimentos à infância e à juventude e às famílias e na Rede de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família da Restinga. Ainda, algumas entrevistas foram realizadas com trabalhadores agentes públicos de direitos atuantes na comunidade da Restinga.

Para entender o fenômeno social em tela, fez-se necessário estabelecer a mediação com a categoria classe social, compreendendo esta como despossuída dos meios de produção na sociedade capitalista. De forma geracional, essa fração de classe tem seus

direitos sociais violados neste modo societário de produção. No Brasil, as instituições assistenciais surgiram para lidar com a *questão social* de menores abandonados e também com menores infratores. Fizemos um estudo aprofundado em relação aos conceitos de “menor” e de “sujeitos de direitos” que foram/são destinados às infâncias e as juventudes pertencentes às camadas populares. A gênese desses conceitos encontra-se ancorada e sedimentada no campo jurídico, propiciador da criação dos Códigos de Menores (1927 – 1979). Entretanto, quando é promulgado o ECA, emergem as definições de “criança” e “adolescente” como sujeito de direitos, concepção atribuída de forma generalizante a todos os sujeitos infantojuvenis, independentemente de sua pertença de classe.

Apreendemos as categorias e os conceitos que nos auxiliam no processo de compreensão do fenômeno social: violações de direitos cometidos contra a criança/adolescente, tendo uma determinada realidade concreta para análise, inserida na totalidade histórica brasileira. Desse modo, apreendemos as situações concretas de violações de direitos humanos e de cidadania cometidos contra o segmento infanto-juvenil, concebendo-as como expressão das condições sociais de extrema pobreza, de violências (doméstica, abuso sexual, física/psicológica), de abandono, de negligência, de exploração, de opressão e de falta de acesso aos serviços de atendimento. Tais situações de vida são vivenciadas pela população infanto-juvenil pertencente às classes populares.

Para ressarcir os direitos sociais dessas categorias de violações de direitos, os agentes públicos de direitos produzem medidas de proteção à criança/adolescente. Entretanto, não contamos com a retaguarda de serviços de atendimento nas políticas públicas e sociais, quando elas são requisitadas para o atendimento desse segmento social. Ainda, os agentes de direitos que executam essas ações políticas em instituições de atendimento são muitas vezes parceiros das ações tanto do Conselho Tutelar quanto da Rede de Atendimento, embora ainda haja, por parte de diversos trabalhadores das políticas públicas e sociais, o desconhecimento da dinâmica de funcionamento e de articulação dessas Redes de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família, estabelecimentos populares locais.

Enquanto agentes de direitos, atualmente não conseguimos reivindicar do Estado uma estrutura que garanta à população pertencente às classes populares a ampliação com qualidade das políticas públicas e sociais. Identificamos que as crianças/adolescentes pertencentes à fração de classe atendidas no Conselho Tutelar da Restinga encontram-se na faixa etária de (0) zero a (18) dezoito anos de idade incompletos. Dentre o grupo infanto-juvenil analisado, tivemos 57% de crianças e 43% eram adolescentes. Conforme podemos observar na tabela 01 abaixo:

Tabela 1 - Grupos de infantojuvenis atendidos no conselho tutelar da restinga.

CATEGORIAS	Quantidade	%
Crianças	92	57
Adolescentes	69	43
Total	161	100

Para esse público, as famílias das camadas populares requerem o acesso aos serviços públicos de atendimento à primeira infância, na tentativa de garantir direitos fundamentais. Já para os adolescentes no Conselho Tutelar, requerem intervenção para resolução de conflitos.

Atualmente, a questão étnica/racial não é conteúdo abordado e/ou considerado nas práticas de conselheiros tutelares da Restinga. Alguns dados foram produzidos através do cruzamento de informações em relação à questão étnica/racial de crianças e adolescentes com expedientes no CT da Restinga, também atendidos na política educacional municipal. Esta possui dados organizados referente a esses sujeitos infantojuvenis no SIE/ SMED/ PoA.

No Conselho Tutelar da Restinga, as violências expressam-se de formas diversas: o abandono, o abuso, a exploração sexual e comercial, o trabalho infanto-juvenil, as violências físicas/psicológicas e sexuais, entre outras. Analisamos especificamente alguns casos de violências cometidas contra a criança/adolescente que se tornaram queixas no CT. Isto não quer dizer que estudamos e analisamos todas as violações de direitos que ocorreram no campo empírico em estudo. Como podemos observar na tabela 02 abaixo:

Tabela 2 - Conselho tutelar da restinga e as violências cometidas contra a criança/adolescente.

	Violações de direitos	Quant. de ocorrências
Assistência Social	Abandono	1
	Abuso sexual	9
	Negligência familiar	7
	Criança e/ou adolescente sem CRN	2
	Trabalho Infantojuvenil	2
	Falta de acesso ao cartão de isenção do transporte público, para dar continuidade a um tratamento de saúde.	1
	Total = (22 casos)	

Nas políticas públicas e sociais da área da saúde, verificam-se fatos que ameaçam/violam os direitos das crianças/adolescentes, como problemas de conduta na família e suspeita de abuso, que se materializa através de casos de violência sexual. A falta de atendimento para tratamento com médicos especialistas de diversas áreas especializadas, inclusive para tratamento de adolescentes envolvidos em situações de drogadição, também foram situações categorizadas como violações de direitos cometidos contra o segmento infanto-juvenil pertencente ao bairro da Restinga de Porto Alegre.

Tabela 3 - Conselho tutelar e as políticas de saúde.

	Violações de direitos	Quant. de ocorrências
Saúde	Drogadição	2
	Falta de atendimento na área da saúde	10
	Falta de atendimento para tratamento especializado em psicologia e/ou psiquiatria	29
	Suspeita/abuso sexual	6
	Dificuldades de conduta na família	12
	Total = (59 casos)	

Na política pública e social da área da educação, identificamos como sendo violações de direitos aquelas que se tornaram queixas/denúncias no Conselho Tutelar da Restinga, situações em que houve a entrada/saída de crianças em horários não acordados pelas instituições de Educação Infantil. Além disso, tornaram-se queixa no CT: Situações vivenciadas pelo segmento infanto-juvenil de infrequência escolar categorizada como FICAI, problemas de conduta na escola, conflitos entre gangues, violências físicas e psicológicas cometidas dentro das instituições escolares.

Tabela 5 - Conselho tutelar da restinga e a política de educação

	Violações de direitos	Nº de ocorrências
Educação	Entrada e/ou saída após o horário acordado pelas instituições de Educação Infantil.	8
	Falta de vaga em escola de Educação Infantil	5
	Infrequência escolar (FICAI)	31
	Conduta na escola	5
	Conflito entre gangues	2
	Problemas de aprendizagem	1
	Violência física e psicológica	29
	Total = (80 casos)	

Na tentativa de refletir a partir do campo filosófico, estudei a obra: *Princípios da Filosofia do Direitos* (1979) de Hegel, na qual temos a primeira concepção de *Estado, sociedade civil e família* na modernidade. Esse pensador realiza uma abstração das condições reais de existência humana, considera que o homem vive em interação complexa com outros homens sob o poder coercitivo de um Estado. Para Hegel, não se pode pensar os indivíduos querendo ou não participar do Estado. Assim, sua concepção de Estado aparece como esfera do universal, não do particular. Para Hegel o Estado não deve servir para assegurar interesses egoístas dos indivíduos, como um mero garantidor de direitos individuais ou esfera exclusiva de preservação da vida da propriedade. Segundo ele, Estado deve garantir o bem comum, de modo que os indivíduos se realizam somente no Estado, nele os homens conseguem realizar uma vida ética.

Hegel defende ainda que o reconhecimento, e desejo, por parte dos indivíduos, das regras universais do Estado, é condição necessária para sua existência Moderna. Neste caso, faz-se de fundamental importância a moralidade, ou seja, visar ao universal, ainda que formalmente isso seja apenas uma das condições de existência. Para Hegel, a moralidade não é uma etapa suprema, como em Kant, sendo apenas um momento que se restringe ao âmbito subjetivo, aquele de responsabilidade de cada indivíduo pelos princípios norteadores de seus atos. Esses são momentos abstratos e formais, nos quais se realiza a liberdade subjetiva dos sujeitos que pertencem à modernidade.

Hegel compreende que os fatos humanos perpassam a etapa da eticidade. Nesse caso, importa compreender que tanto a ideia de homem possuidor de direitos quanto a noção de um ser moral são importantes para a compreensão do Estado Moderno. A moralidade serve para que o indivíduo saia de seus interesses estritamente particulares e busque o universal. Assim, temos os indivíduos concretizando tanto os direitos abstratos quanto a moralidade, visando o bem comum de sua comunidade nas instituições modernas, mais precisamente. É nesse sentido que, para Hegel, eticidade representa a realização máxima da liberdade nas sociedades modernas. A eticidade é o momento no qual há uma identificação entre a vontade subjetiva e o bem comum.

Segundo Hegel, “a pedagogia é a arte de fazer os homens éticos”. Sua educação ocorre em um movimento que parte da família, perpassa a sociedade civil e chega ao Estado. Esses são os três momentos interdependentes da eticidade. A família é denominada por Hegel como espírito ético imediato ou natural. É através da família que o indivíduo inicia seu percurso em uma determinada comunidade. A concepção de sociedade civil que

encontramos em Hegel estabelece uma relação de interdependência entre as ações do homem, que possui três níveis: 1) família, 2) sociedade civil e Estado. Hegel percebe que a sociedade civil moderna se instaura a partir da institucionalização dos direitos universais do homem, conquistados através da simultânea universalização da liberdade abstrata. Essa é a ambiguidade da sociedade moderna que dá origem à expansão sem medida da acumulação das riquezas, analisada pela teoria da economia política clássica europeia.

As relações sociais são mediadas pelo reino das necessidades na sociedade civil organizada principalmente por corporações, estamentos. Desse modo, a organização do *trabalho* acaba dividindo-se em diversos ramos, segundo suas particularidades. As corporações, os estamentos, possuem como elemento comum um fim egoísta, visando a produção daquilo que lhes é peculiar. Ainda, somente são reconhecidos os estamentos que são juridicamente autorizados a existir pelo Estado. Assim, temos as corporações na sociedade civil que estão subordinadas ao reconhecimento do Estado moderno. Por outro lado, no interior da sociedade civil, temos a unidade ética entre o particular e o universal, estabelecendo sua interdependência com a universalidade do Estado moderno.

A dialética histórico-materialista na qual me baseio nesta dissertação possui a voz histórica que ecoa na *11ª Tese Ad Feuerbach de Marx*, baseada na ideia de que “os filósofos se limitaram em conhecer o mundo de diferentes maneiras, o que importa é transformá-lo”. Tal tese nos ajuda a combater a influência de epistemologias positivistas, positivista-funcionalistas e neo-positivistas que propagam ser possível haver neutralidade, objetividade, cientificidade no momento em que se pesquisa. As concepções de ciências positivistas e positivista-funcionalistas pregam também que pesquisadores devem ser neutros e abstrair-se de tudo e de todos para a produção de um conhecimento “verdadeiro”.

Como o conhecimento é produzido nas circunstâncias de espaços-temporais pertencentes a um dado contexto histórico, não há chances nem espaço para determinismos. Dou credibilidade a processos constantes de vir a ser, sempre em movimento. Acredito que o determinismo e a neutralidade, tão propagados pelas concepções positivistas e positivista-funcionalistas, são falácias (re) produzidas por essas concepções de mundo e ciências, cada qual com seus pressupostos epistemológicos. Cada uma dessas epistemologias possui uma concepção de realidade social que será evidenciada nos momentos de produção de conhecimento. Essas concepções de ciências (cientificamente) convivem em lugares como as escolas e as universidades, instituições que (re) produzem saberes considerados socialmente privilegiados.

Conforme Kosik (1976, p. 14) aponta, “existem duas práxis distintas que auxiliam os homens a reproduzir no pensamento a representação da realidade concreta”, a qual se apresenta toda difusa. A primeira é a práxis utilitária dos seres sociais, criadora do pensamento comum, da qual podemos captar os aspectos superficiais, aparentes, das coisas e dos fenômenos. A práxis utilitária constitui nossa primeira aproximação com o mundo concreto. A segunda é a práxis revolucionária, na qual os seres sociais fazem a distinção entre a projeção da realidade aparente e o mundo da realidade, que nos revelam a essência contida na realidade aparente. Para tanto, segundo Behring (2010):

É preciso apreender que o fenômeno indica a essência e, ao mesmo tempo, a esconde, pois, a essência se manifesta no fenômeno, mas só de modo parcial, ou sob certos ângulos e aspectos. Sendo assim, é no fenômeno que está o movimento da unidade dos contrários.

A práxis é fruto das circunstâncias históricas e materiais a que os seres sociais estão submetidos. Neste sentido, Marx esclarece que:

O primeiro pressuposto de toda a existência humana e, portanto, de toda a história, é que todos os homens devem estar em condição de viver para poder “fazer história”. Mas, para viver, é preciso antes de tudo comer, beber, ter moradia, vestir-se e algumas coisas mais. (MARX, 2006, p. 53)

Tendo o método materialista dialético como visão de mundo e ciência, tento exercer uma práxis revolucionária que corrobora para desnaturalizar práticas sociais instituídas. Para tanto, devemos realizar uma cisão com o mundo da aparência, visando à essência das leis fundamentais da problemática em questão, ou seja, necessito captar a “coisa em si”, perfazendo o movimento árduo e dinâmico de entender a realidade social. Mas, primeiramente, se faz necessário perguntar-se: o que é a realidade? Como ela é? Questões que devem ser contextualizadas em um dado instante e em um determinado tecido social.

A práxis utilitária faz parte da vida cotidiana dos homens, produzindo o pensamento do senso comum, apresentando-nos o mundo da pseudoconcreticidade, que nos permite naturalizar a divisão do trabalho, numa sociedade capitalista, na qual se fragmenta o sentido ontológico fundante da categoria trabalho. Para Marx, o trabalho é o processo pelo qual os seres sociais constroem primeiro na consciência e, em seguida, no mundo objetivo uma transformação com o intercâmbio orgânico da natureza.

Entretanto, a realidade social não se mostra facilmente aos sujeitos, é preciso estudá-la dialeticamente para compreender o movimento da “coisa em si” em análise. Para compreensão da “coisa em si”, fenômeno que pertence à realidade social, deve-se aprendê-la em sua totalidade, desvelando-a através do rompimento da *pseudo concreticidade*. E isso se implica partir do concreto, sabendo que esse é o caminho para a sua compreensão. A realidade que a nós se apresenta está toda difusa e evidencia uma representação fenomênica dos fatos empíricos que dificultam o nosso entendimento, porque escondem a essência das leis que regem o movimento dos fenômenos sociais. Devemos partir para a busca incessante das leis fundamentais, procurando suas essências, construindo suas correlações e contradições em um movimento histórico dialético.

Para compreensão dos fatos empíricos, partindo com o método materialista dialético, é preciso realizar o processo de decomposição da totalidade em partes de múltiplas determinações que necessitam ser entendidas caso queiramos deixar o mundo fenomênico da aparência, chegando à essência do movimento da “coisa em si”. Para isto, nas práxis, e com ela na realidade concreta, criam-se conceitos, apreende desde cada particularidade as categorias de análise para conhecer a dinâmica, a estrutura e as leis fundamentais que regem o movimento do fenômeno em análise.

Além disso, quando nos questionamos sobre o que é a “coisa em si”, na tentativa de compreender a totalidade concreta, precisamos realizar um “detour” - um caminho de desvio - que não implica levar em consideração todos os fatos da realidade, ou um conjunto deles para serem contemplados e analisados até serem exauridos em seus múltiplos aspectos de

conceituação. Nesse sentido, a compreensão total das particularidades do mundo social, para se compreender “a coisa em si”, constituída de múltiplas determinações articuladas à totalidade concreta estruturada, baseia-se em um movimento no e do pensamento dos seres sociais.

Assim, a particularidade, as partes de múltiplas determinações, fazem parte de um todo estruturado. Deve-se buscar o entendimento do fenômeno social em relação às partes articuladas com o todo da superestrutura. Para isso, é preciso entender a particularidade do fenômeno, trilhando o caminho entre a “caótica representação do todo” e a “rica totalidade da multiplicidade das determinações e das relações” que coincide com a compreensão da realidade. (KOSIK, 1976, p. 29)

Partimos de um conhecimento fragmentado e caótico e, com o método dialético, decompos o movimento do fenômeno em seus elementos essenciais, construindo as suas correlações e contradições ao seu movimento histórico, entendendo-o pela sua raiz, percebendo a sua origem, as contradições principais que o movimentam, e suas possibilidades de transformação e superação. Desse modo, é necessário compreender a totalidade histórica do objeto de análise em seu movimento. Segundo Behring (2010), “descobrir as essências dos fenômenos, na perspectiva crítico-dialética, pressupõe situá-las na realidade social sob o ponto de vista da totalidade concreta que, antes de tudo, significa que cada fenômeno pode ser apreendido como um momento da totalidade”. Um fenômeno social é um fato histórico na medida em que é examinado como momento de um determinado todo e desempenha uma função dupla: definir a si mesmo e definir o todo, ser ao mesmo tempo produtor e produto. Ele conquista o próprio significado e ao mesmo tempo confere sentido a algo mais (Behring, *apud* Sweezy, 2010).

Depois de ter feito o caminho da investigação da “coisa em si”, que não apresenta um itinerário determinado a priori, a partir da concretude da problemática em análise, chega-se ao momento de condução dos dados, das apreensões feitas pelo pesquisador em relação ao movimento da realidade concreta e dinâmica, o momento em que se elencam as categorias, os conceitos que permitirão a compreensão, a interpretação e o estabelecimento das conexões do movimento de um dado fenômeno articulado à totalidade. Em seguida, partimos para a síntese da investigação, visando à exposição do movimento do fenômeno social em análise de modo orgânico, coerente e conciso pelas “múltiplas determinações” das partes.

O método de exposição é o momento da manifestação do desdobramento da “coisa em si” através da mediação das antíteses, partindo-se da abstração do concreto - no qual se apresenta as sínteses em relação à investigação. Assim, chega-se a um resultado que não era conhecido no movimento de partida da “coisa em si”, fazendo ainda a articulação entre as partes com “múltiplas determinações” à totalidade, esforço árduo do pensamento do pesquisador que chega a algo diferente do que foi visto no ponto de partida. Marx esclarece a diferença entre o método da investigação e o método da exposição:

É mister, sem dúvida, distinguir, formalmente, o método de exposição do método de pesquisa. A investigação tem de apoderar-se da matéria, em seus pormenores, de analisar suas diferentes formas de desenvolvimento e de perquirir a conexão íntima que há entre elas. (MARX, 2010, p. 28)

A investigação de uma práxis que parte com uma postura revolucionária não dissocia teoria e ação prática produzida na e pela ação dos seres sociais. Primeiramente, os sujeitos precisam tomar “a coisa em si” para si, em seguida, faz-se necessário a ação dos seres sociais, na perspectiva de se modificar a realidade social.

A teoria social materialista-dialética de Marx fundamenta-nos que as ideias e a razão nada criam. Por isso, baseando-se nesta concepção de mundo, torna-se necessário partir da materialidade para a construção da realidade social, retornando a ela novamente para agir. No prefácio da *Introdução à Contribuição da Crítica da Economia Política*, Marx esclarece em relação ao seu método:

O concreto é concreto por ser a síntese de múltiplas determinações, logo, unidade da diversidade. É por isso que ele é para o pensamento de síntese, um resultado, e não um ponto de partida, apesar de ser o verdadeiro ponto de partida e, portanto, igualmente o ponto de partida da observação imediata e da representação. (MARX, 1977, p. 208)

Neste mesmo sentido, Kosik (1976) contribui, afirmando que “a dialética é o movimento do concreto, transposto à abstração do pensamento-concreto, que se propõe a compreender o movimento da “coisa em si”. Baseando-se no método materialista-histórico dialético, é fundamental realizar a reprodução ideal do movimento de um objeto pesquisado, a qual é a expressão no e do pensamento abstrato dos seres sociais em relação ao plano material (concreto) - reprodução que não é uma simples descrição, ou uma fotografia, nem mesmo um movimento estático, pois considera o movimento contínuo dos fenômenos sociais e suas mudanças, as transformações que possibilitaram a realização de superações em um determinado fenômeno social.

Há ainda de se considerar as circunstâncias históricas e materiais que constituem os modos e as possibilidades de os sujeitos compreenderem o mundo. Na realidade, é esse fato que constitui a nossa consciência, em constante processo de modificação. Conforme sinalizam Marx & Engels (1984, p. 34), “a consciência do ser humano sofre modificações em função das mudanças que se operam nas condições concretas de sua existência material, em suas relações sociais, em sua vida social”.

Este método possui uma concepção dialética de história que não se baseia em leis fixas e universais. Nesta concepção de mundo, o ser social é produzido no devir das práxis em movimento, não fixamente. Além disso, a dialética proposta por Marx é materialista, pois parte-se do concreto para compreensão da realidade social, ou seja, a análise de um fenômeno social inicia-se primeiramente no plano material. Tal concepção dialética opõe-se à dialética idealista de Hegel, que define o processo do pensamento como criador do plano material. Em relação à dialética Hegeliana, Marx esclarece:

Meu método dialético, por seu fundamento, difere do método Hegeliano, sendo ele inteiramente oposto. Para Hegel, o processo do pensamento – que ele transforma em sujeito autônomo sob o nome de ideia – é o criador do real, e o real é somente sua manifestação externa. Para mim, ao contrário, o ideal não é mais do que o material transposto para a cabeça do ser humano e por ela interpretado. (MARX, 2010, p. 28)

Na teoria social materialista-dialética não há a construção em relação a um fenômeno social sem o movimento da práxis revolucionária humana. Desse modo, enquanto um ser social realiza a análise do movimento de um objeto real, ocorrem transformações no sujeito/

pesquisador, no mundo social e também no objeto real pesquisado. A práxis revolucionária atividade dos seres sociais possui como postura a transformação num processo de devir, a qual é permeada pelo movimento de um fenômeno social em análise.

Na verdade, tendo como referencial a teoria social materialista-dialética, torna-se inviável realizar a construção em relação a um fenômeno social sem o movimento da práxis revolucionária humana. Porém, essa só poderá ser feita pela classe trabalhadora através de práticas de tomadas de consciência e a partir de um entendimento da realidade social, que perpassa ter acesso a ações políticas e culturais responsáveis por alterar nossas consciências. Assim é possível modificar estruturas sociais, bem como a conjuntura política, econômica, social, cultural. A meu ver, essas são condições necessárias que precisam ser criadas à fração da classe trabalhadora.

Na tentativa de compreender as generalizações de Marx, tem-se primeiramente que toda a produção é fruto de uma apropriação da natureza, realizada pelo indivíduo através da mediação do trabalho em uma determinada formação social. Para salvaguardar o adquirido, toda forma de produção forja suas próprias relações jurídicas, forma de governo, as quais estão no bojo de relações conflitivas. Desta forma, toda a produção também é *consumo* de matérias-primas, meios de produção e forças de trabalho.

No processo de produção em uma sociedade capitalista, criam-se os objetos correspondentes às necessidades humanas. A *distribuição* determina os produtos que serão repartidos com o indivíduo de forma singular e a *troca* provê os produtos particulares nos quais se deseja converter a cota que lhe coube pela *distribuição*. Conforme Marx (2011, p. 44), este é o meio pelo qual o trabalhador assalariado participa de parte do processo de distribuição e consumo dos produtos produzidos em uma formação social que os produz a partir de leis naturais universais. Ainda segundo Marx (2011, p. 44), na *produção* o sujeito se objetiva e a coisa se subjetiva. Na *distribuição*, a sociedade assume a mediação entre produção e consumo sob a forma de determinações dominantes: *troca*, *produção* e *consumo* são mediados pela determinabilidade contingente do sujeito.

Segundo Marx (2011), a *produção* aparece assim como o ponto de partida e o *consumo* como o ponto final, ao passo que a *distribuição* e a *troca* são o meio termo. A *distribuição* é a fase determinada pela sociedade por meio das relações sociais estabelecidas, sendo a *troca* o momento determinado pelos indivíduos. Para Marx (2011), na *produção* temos a universalidade, na *distribuição* e na *troca*, momento da particularidade, e no *consumo*, temos o processo da singularidade no qual o todo se unifica.

Sem o entendimento das produções teóricas de Marx (2011), acredito que não conseguimos entender o modo de produção capitalista na contemporaneidade, naturalizando a permanência do projeto societário do capital, no qual o produto é produzido e reproduzido pela lei do “valor”, que possibilita a extração de mais-valor de nossas forças de trabalho nas sociedades capitalistas sem a necessidade de ofertar como contrapartida direitos sociais que foram conquistados pela classe trabalhadora.

Para analisar o modo de produção capitalista, Marx formula um arsenal de categorias que não são compreendidas, de forma indissociável ao movimento de suas práxis *social*. Para tanto, ele parte do conhecimento já acumulado da economia política

clássica, aceitando suas linguagens e suas leis. Marx elenca uma série de categorias que por ele serão denominadas como mediações de segunda ordem, entre elas: “trabalho”, “valor de troca”, “classes sociais antagônicas”, “propriedade privada” e “capital”, entre outras, as quais serão usadas como suportes indispensáveis para análise de seu objeto de estudo que é a gênese, o desenvolvimento e as condições de crises do modo de produção capitalista. Segundo Lênin, Marx não deixou uma lógica, deixou a lógica de “O capital”. Marx empreendeu a análise da sociedade burguesa no intuito de desvendar sua estrutura, desenvolvimento e dinâmica. É importante ressaltar também que as categorias de análise de Marx somente são compreendidas a partir da leitura de um conjunto de textos de Marx. Dentre essas categorias, destaco primeiramente como categoria fundante de sua análise “o trabalho”. Em seguida, temos as categorias de “alienação”, de “práxis” e de “historicidade”. Esta é de extrema relevância em um tempo em que se propaga o fim das “classes sociais antagônicas”, da “luta de classes”, das “ideologias” e, por último, o “fim da história”.

Em sua análise iniciada a partir da sociedade burguesa, Marx percebeu que a coisificação, a objetivação das relações sociais neste modo de produção, contribuem para a produção de subjetividades alienadas. A alienação é um fenômeno mais centrado nos seres sociais, manifestada através de sua dupla face de fazer a objetivação e subjetivação dos seres sociais, nas quais são produzidas em circunstâncias históricas. Nas condições de sociabilidade burguesas ocorre a objetivação dos seres sociais inseridos nesses processos.

No modo de produção capitalista - realizando a análise de sua gênese e sua dinâmica - Marx verificou que a valorização do mundo “das coisas” aumenta em proporção direta à desvalorização do mundo dos homens. No mundo capitalista, na fase da *produção*, há a separação entre o produto e o seu produtor, ou seja, os trabalhadores. Neste modo de produção e de sociabilidade, os objetos produzidos pelo proletariado não lhes pertencem. Sendo assim, ocorre a não fruição do trabalho e, além disso, a alienação do homem em relação a outros homens.

O processo de alienação é um fenômeno histórico e social, no qual os seres sociais sofrem um processo de coisificação e objetivação incondizente com suas “condições humanas”. No modo de produção capitalista, desenvolvem-se as *forças produtivas* de acordo com a particularidade de cada formação social, na qual está inscrito o processo de objetivação e subjetivação dos seres sociais. Quanto mais se desenvolvem as forças produtivas, maior é o aviltamento e a destruição dos *meios de produção*, dos seres sociais que necessitam da natureza para sua sobrevivência e reprodução social.

A alienação do trabalho das classes despossuídas acontece à medida que o proletariado se torna uma mercadoria mais barata que a mercadoria produzida no modo capitalista de produção, assim se realiza a exploração da força de trabalho, permitindo a extração de *mais-valor*. Os objetos produzidos no processo de trabalho tornam-se coisificados, alheios e não pertencem àqueles que lhes produziram. Esses objetos são apossados por aqueles que estão fora do processo de *produção*, os capitalistas. O proletariado está livre meramente para vender sua única mercadoria - a força de trabalho. Desse modo, na sociedade capitalista ocorre a subsunção do trabalho ao capital.

No Brasil, país de capitalismo dependente, a subsunção do trabalho ao capital visa a acumulação desmedida de mais-valor, obtida por meio da *superexploração* da

força de trabalho da classe trabalhadora brasileira. Tomando como suporte metodológico o materialismo histórico-dialético, faz-se possível compreender o processo de formação social brasileiro e suas contradições inerentes.

A partir dessa visão de mundo dialética materialista, iniciamos as investigações referentes à infância e à juventude pertencente às camadas populares. Neste estudo, temos como problemática central perquirir a gênese, o desenvolvimento e a dinâmica de violações de direitos cometidos contra crianças e jovens pertencentes às classes populares, objeto desta investigação, não manifesto de imediato para nós. Utilizando o método materialista dialético, é necessário fazer um “*detour*” para compreender esse fenômeno social.

Partimos da concepção de que o capitalismo, para saciar sua ânsia incontrolável de acumulação, tudo torna-se uma mera mercadoria. Sendo assim, nesse modo de produção, temos que, os meios de circulação dos principais tipos de bens se dão por meio do mercado - nesse caso os serviços essenciais, que garantem o exercício de direitos sociais tornam-se cada vez mais passíveis ao processo de mercantilização. Com isso, o acesso aos serviços públicos de atendimento materializados nas políticas de saúde, de educação, de assistência social, de cultura, dentre outros, submetem-se cada vez mais de forma intensa à lei do valor. Serviços de atendimento ofertados ou não pelo poder estatal tem sido rentáveis à acumulação do capital.

Nesta investigação, assumo primeiramente uma postura que antecede ao método, condizente com a dialética histórico-materialista, na tentativa de descobrir as leis que regem a existência de violações de direitos e também lhe revigoram na sociedade capitalista brasileira. Na tentativa de compreender as determinações que condicionam o seu desenvolvimento.

Na perspectiva materialista histórica, o método está vinculado a uma concepção de realidade, de mundo e de vida no seu conjunto. A questão da postura, neste sentido, antecede ao método. Este se constitui numa espécie de mediação no processo de apreender, revelar e expor a estruturação, o desenvolvimento e a transformação dos fenômenos sociais. (FRIGOTTO, 2001, p.77)

Para compreender o fenômeno social estudado, optamos pela realização do movimento de perquirir sua gênese, determinações e possível superação, tomando como categorias de mediações de primeira ordem a fração de classe (trabalhadora) e o ECA. Como mediação de segunda, ordem temos a análise das políticas públicas e sociais de atendimento ao segmento infanto-juvenil e as famílias das camadas populares.

No campo empírico que fora estudado, os sujeitos pertencentes às famílias populares constituem a instituição que mais demanda denúncias/queixas no Conselho Tutelar da Restinga. Os conselhos tutelares possuem a incumbência de aplicar medidas de proteção aos fatos que ameaçam/violam os direitos humanos e de cidadania de crianças/adolescentes. Na realidade concreta, entretanto, as políticas públicas e sociais destinadas à infância e à adolescência, quando não são inexistentes, apresentam-se como ineficientes para o enfrentamento de violações de direitos no modo societário capitalista.

No CT da Restinga, tornaram-se queixa/denúncia os fatos relacionados à ameaça/violação de direitos, identificados por trabalhadores das áreas de educação, de saúde e da assistência social. Esses fatos somente foram categorizados graças às práticas de

trabalho de agentes de direitos que com suas técnicas e trabalho registram em relação aos atendimentos que ocorrem nos serviços públicos destinados à crianças e adolescentes.

Através da pesquisa realizada em nível de mestrado e educação, tentamos compreender as contradições que fragilizam as Redes de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família da Restinga, as condições objetivas que propiciam a configuração das políticas públicas e sociais que não potencializam o enfrentamento de violações de direitos humanos e de cidadania de crianças e adolescentes, pertencentes a comunidade da Restinga na cidade de Porto Alegre.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizei a presente dissertação com o Capítulo: “*Contrarreforma do Estado brasileiro: a (in)visibilidade das políticas públicas e sociais e a (re)produção de violações de direitos cometidos contra a criança e ao adolescente*”, que é parte dos esforços de compreensão dessas situações, a partir da hipótese de que há: 1) a falta de mobilização social em prol da reivindicação de serviços públicos de atendimento e 2) inexistência de serviços necessários, bem como ocorre a falta de acesso daqueles existentes, quando esses são requeridos pelos agentes de direitos, pelas famílias das classes populares ao segmento infanto-juvenil.

Ao longo da história, essa situação de falta de acesso aos serviços essenciais pertence a questão social brasileira. Na sociedade dita democrática de direitos, todavia, essa questão tornou-se agravante a partir da década de 1990, quando temos a reconfiguração do Estado brasileiro, no que concerne o acesso e exercício de direitos sociais conquistados na Constituição Cidadã de 1988.

Por fim, a Contrarreforma do Estado brasileiro expressa-se através da reestruturação das políticas públicas e sociais por parte do Estado, principalmente, restringindo investimentos nas áreas de educação, saúde e seguridade social para a classe trabalhadora, que vive da venda de sua força de trabalho e necessita desses serviços públicos, por ora ofertados pelo Estado, como meio de sobrevivência.

REFERÊNCIAS

- BEHRING, E. Brasil em contrarreforma: desestruturação do Estado e perda de direitos. São Paulo. 2º edição. Cortez, 2008.
- BEHRING, E., BOSCHETTI, Ivanete. Política Social fundamentos e história. 7º Edição. Biblioteca básica de serviço social. Volume 2. São Paulo: Cortez, 2010.
- BEHRING, E. R. Política Social no Capitalismo Tardio. São Paulo: Cortez, 1998.
- FRIGOTTO, G. O enfoque da dialética materialista histórica na pesquisa educacional. In: FAZENDA, I. (Org.). Metodologia da pesquisa educacional. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- GUTERRES, Priscila Guadalupe dos Santos. Conselho tutelar e a (in)visibilidade das Redes de Atendimento à Infância, à Adolescência e à Família. 2013. Dissertação de mestrado em Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

HEGEL, G. W. F. Introdução à Filosofia do Direito. MS.

HEGEL, G. W. F. A Sociedade Civil. Cadernos de Tradução. Campinas, Unicamp, 2003.

HEGEL, G. W. F. O Estado. Cadernos de Tradução. Campinas, Unicamp, 2003.

KOSIK, K. A Dialética do concreto. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1976.

LENIN, V. I. Obras escolhidas em seis tomos. Lisboa-Moscú: Avante! -Progresso, 1989, p. 284, t. 6.

MARX, K. Contribuição para a Crítica da Economia Política. 5ª edição. Editora Stampa. Lisboa: Portugal, 1977.

MARX, K. Manifesto do partido comunista. São Paulo: Global Editora, 1984.

MARX, K. O Capital: crítica da economia política. Livro I. Vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

MARX, K.; ENGELS, F. A ideologia Alemã: Feuerbach – a Contraposição entre as Cosmologias Materialista e Idealista. Editora Martin Claret, 2006.

MARX, Karl. Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857 – 1858: esboços da crítica da economia política / Karl Marx. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011.

Adoção: um problema processual ou social?

Adoption: a procedural or social problem?

Igor Vilela Mussi

Acadêmico do Curso de Direito do ISEPE-Rondon.

Katiucia de Oliveira Peres

Professora do Curso de Direito do ISEPE-Rondon – Psicóloga.

RESUMO

A estruturação de uma família dentro de um contexto social, não tem a necessidade única e específica de ser composta somente de forma genética tradicional, composta por pai, mãe e irmãos, existe a possibilidade de crianças serem inseridas, recebendo amor, carinho e vivendo sob um mesmo teto, possibilidade esta, através da adoção. Adoção de crianças que por algum motivo, foram abandonadas, deixadas de lado pelos seus genitores, vindo a conviver em outros ambientes sociais ou familiares. Assim, o presente estudo apresenta algumas reflexões sobre a adoção no Brasil, a questão legal conforme o Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, os tipos de adoção e os procedimentos para a adoção. Com estas reflexões constatou-se nas considerações finais que, como existem várias formas para a adoção, pode se considerar que o problema é mais social do que processual, já que está muito mais ligado a conscientizar quem busca a adoção, do que um problema processual, considerando as várias formas de adoção e os números de crianças disponíveis para a adoção.

Palavras-chave: família. legislação. carinho. afetividade.

ABSTRACT

The structuring of a family within a social context, does not have the unique and specific need to be composed only in a traditional genetic way, composed of father, mother and siblings, there is a possibility for children to be inserted, receiving love, affection and living under the same roof, this possibility through adoption. Adoption of children who, for some reason, were abandoned, left aside by their parents, coming to live in other social or family environments. Thus, this article presents some reflections on adoption in Brazil, the legal issue according to the Child and Adolescent Statute - ECA, the types of adoption and the procedures for adoption. With these reflections it was found in the final considerations that as there are several forms of adoption, it can be considered that the problem is more social than procedural, since it is much more linked to raising awareness of those seeking adoption, than a procedural problem, considering the va-



rious forms of adoption and the numbers of children available for adoption.

Keywords: family. legislation. affection. affectivity.

INTRODUÇÃO

Um dos principais sonhos do ser humano é a possibilidade de ter uma família e no futuro poder constituir sua própria família. Família vista dentro de um contexto social, não tendo como necessidade única e específica de ser composta por pai, mãe e irmãos de forma genética, em um formato considerado tradicional, mas que possa conter em sua estrutura, a possibilidades de crianças serem inseridas, recebendo amor, carinho e vivendo sob um mesmo teto.

Inserção esta reconhecida mundialmente como adoção. Adoção de crianças que por algum motivo, foram abandonadas, deixadas de lado pelos seus genitores, vindo a conviver em outros ambientes sociais ou familiares, porém sem terem uma família de verdade, que lhes de amor, carinho e o afeto necessário para o seu desenvolvimento social.

Crianças que ficam em instituições, sob responsabilidade de entidades públicas, a nível municipal ou estadual, na esperança de serem adotadas, porem para ocorrer este processo, existem diferentes normatizações que regulamentam esta adoção, onde as vezes acabam até mesmo prejudicando e dificultando todo o processo, bem como de ser aceita como é pelo adotante, que muitas vezes, já vem decidido, com escolhas de características específicas sobre a criança, para realmente confirmar o ato de adoção.

Adoção que requer vários procedimentos iniciais, como o preenchimento de cadastros, especificando interesses e outras informações necessárias sobre o interessado em adotar, entrevistas com autoridades e psicólogos e o pior entrar na fila para a adoção, situação que faz muitos desistirem da adoção com o passar do tempo, por terem mudado sua maneira de pensar, devido à demora burocrática na espera de anos sem procedimentos favoráveis.

O estudo pretende realizar algumas reflexões sobre a adoção no Brasil, versando sobre a importância do cadastro, tipos de adoção, efeitos da adoção entre outros tópicos. Demonstrando que existem crianças para serem adotadas, mas que muitas vezes, não são adotadas porque divergem do perfil desejado do adotante, destacando-se a idade, cor da pele ou problemas de saúde. O mesmo tem como base estruturante uma abordagem bibliográfica, com análise em doutrinas de Direito de Família, artigos referentes ao tema, leis e demais referências necessárias para evidenciar o objetivo do estudo: A adoção é um problema processual ou social?

Para evidenciarmos este importante debate sobre a adoção, se é um problema processual ou social, primeiramente realizaremos uma pequena abordagem resgatando a questão histórica da adoção no Brasil. Na sequência adentraremos na questão legal do Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, legislação que define direcionamentos sobre o bem-estar da criança e adolescente, versaremos sobre os tipos de adoção e nos procedimentos para a adoção, finalizando com as considerações finais.

HISTÓRIA DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção no Brasil teve sua primeira legislação promulgada no ano de 1916, pela Lei de nº 3071 dentro do Código de Direito Civil, sendo uma lei específica para o direito de família (BRASIL, 1916).

O artigo 332 dessa Lei, já remetia a adoção entendendo-a como parentesco, pois este artigo dizia que o parentesco seria legítimo ou ilegítimo, procedente ou não de casamento natural ou civil, se resultar de consanguinidade ou adoção (BRASIL, 1916).

Já o artigo 336 desta Lei, dizia que a adoção estabeleceria parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado (BRASIL, 1916).

Porém a partir do artigo 368 dessa Lei, trouxeram os direitos específicos que teriam o adotado e o adotante, também a partir deste artigo estaria especificado os critérios para a adoção e os efeitos que a adoção traria para ambas as partes (BRASIL, 1916).

Dentre esses artigos, no artigo 368, estava disposto a princípio que somente os maiores de cinquenta anos poderiam adotar, porém este artigo foi revogado e a Lei de nº 3.133, de 1975, impôs que somente os maiores de trinta anos poderiam adotar, mas também dizia em seu parágrafo único, que sendo este casado, só poderia adotar decorridos cinco anos do casamento (BRASIL, 1916).

Também estava disposto no artigo 369 que, a princípio o adotante deveria ser dezoito anos mais velhos que o adotado, porém esse artigo foi revogado e entrou em vigor no local do mesmo pela Lei nº 3.133 de 1975, que o adotante deveria ser dezesseis anos mais velho que o adotado (BRASIL, 1916).

No artigo 370 estava imposto que, ninguém poderia ser adotado por duas pessoas, salvo se essas fossem marido e mulher (BRASIL, 1916).

Já no artigo 377, discorria que a adoção produziria os seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar comprovado que o filho estava concebido no momento da adoção (BRASIL, 1916).

O artigo 378 e último específico sobre adoção nesta Lei, dizia que os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, com exceção do pátrio poder, que este será transferido do pai natural para o adotivo (BRASIL, 1916).

Como visto sobre os artigos dispostos a cima, alguns destes foram revogados em questão do desenvolvimento do direito brasileiro como um todo, tendo em vista que algumas normas impostas no ano de 1916 pela Lei de nº 3071, não eram condizentes com o momento vivido no ano de 1975, e por isso obteve algumas alterações com a Lei de nº 3.133 (BRASIL, 1916).

Maria Berenice Dias retrata que, com a nova Constituição Federal no ano de 1988, pelo seu Artigo 227, Parágrafo 6º, ao consagrar o princípio da proteção integral, deferindo direitos e qualificações de forma idênticas aos filhos e proibindo quaisquer designações discriminatórias, eliminou qualquer distinção entre filho e adotado. Com isso, o Estatuto da Criança e Adolescente passou a regular a adoção dos menores de dezoito anos, assegurando a estes, todos os seus direitos inclusive os sucessórios (DIAS, 2015).

ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Em 13 de Julho 1990, com a Lei de nº 8.069, teve o nascimento do Estatuto da Criança e Adolescente, conhecido como ECA, conforme o artigo 1º, esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e adolescente (BRASIL, 1990).

Para os efeitos dessa Lei, disposto no 2º artigo e parágrafo único, considera-se criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, porém nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre vinte um ano de idade (BRASIL, 1990).

Segundo o 3º artigo desta Lei, a criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando estes, sendo por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes proporcionar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. No parágrafo único deste artigo, está estabelecido que os direitos enunciados nesta Lei, aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou qualquer outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (BRASIL, 1990).

Já o 4º artigo desta Lei, dispõe que é de dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Está disposto no parágrafo único que, a garantia de prioridade compreende a: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

O 5º artigo desta Lei, dispõe que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 1990).

O 6º e último artigo das disposições preliminares desta Lei, dispõe que na interpretação desta Lei, se levava em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (BRASIL, 1990).

Também dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, estão vinculados artigos referentes ao direito à vida e à saúde, como o 7º artigo que dispõe, que a criança e ao adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (BRASIL, 1990).

Também se dispõe de artigos referentes ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, como por exemplo o artigo 15, que diz, que a criança e ao adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis (BRASIL, 1990).

E também dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, encontra-se disposto, artigos sobre o direito à convivência familiar e comunitária, que é sobre o que esse trabalho se aprofundará, dando ênfase em situações em que crianças deixam de serem adotadas, ou seja, ter um lar, pois essas não são adotadas em virtude de sua idade, cor de pele ou problemas de saúde, como breve citação a esses direitos, temos o artigo 19, que diz que é de direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

Portanto, como disposto a cima, é de competência do Estatuto da Criança e do Adolescente, garantir que crianças e adolescentes não tenham seus direitos violados, e estes possam se desenvolver, com proteção à vida e a saúde, com direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, dentre outros direitos que são garantidos por lei dentro do próprio Estatuto.

TIPOS DE ADOÇÃO

Neste trabalho será discutido a problemática das crianças que estão disponíveis para a adoção, mas não são adotadas, porém, para isso, precisa-se aprofundar um pouco mais no tema, para entender como funciona cada tipo de adoção que ocorre no Brasil.

Maria Berenice Dias discorre que, como há várias formas de amar, também há muitas formas de adotar (DIAS, 2016).

Unilateral

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o sistema jurídico segue a regra que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, sendo assim se estabelece a regra da adoção unilateral, pois, proíbe-se, com isso, que a mesma pessoa seja adotada por duas pessoas (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Maria Berenice Dias relata sobre o que se constitui a adoção unilateral, quando resolvido os vínculos afetivos anteriores, a tendência de todos é buscar novos laços, quando um ou ambos possuem filhos destes vínculos anteriores, forma-se um novo núcleo familiar, conhecido como família mosaico, sendo assim, é natural o desejo de consolidar os laços familiares não só do par, mas também como relação aos respectivos filhos, por isso a lei admite que o cônjuge ou companheiro adote o filho do outro, assim, ocorre a exclusão do genitor biológico, que é substituído pelo adotante, permanecendo o vínculo de filiação com o outro genitor. Por exemplo, se a mulher possui um filho, seu companheiro ou cônjuge pode adotá-lo, sendo assim, o filho manterá os laços de consanguíneos com a mãe e o vínculo paterno é com o adotante, o poder familiar é exercido por ambos e o parentesco se

estabelece com os parentes de cada um dos genitores, porém exclui o vínculo paterno com seu pai biológico (DIAS, 2015).

De Maiores

A adoção de maiores, como o próprio nome já diz, se refere a adoção quando o adotado tem idade superior a 18 (dezoito) anos, ou seja, este é maior de idade.

Como descrito por Maria Berenice Dias, a adoção de maiores nunca foi proibida, na verdade era até facilitada, na medida em que podia ser levada a efeito por escritura pública, dispensando-se a via judicial, ato esse que não é mais possível devido à nova constituição (DIAS, 2015).

Maria Berenice Dias, no ano seguinte e em outra obra, discorre que, o Estatuto da Criança e Adolescente não trata da adoção de maiores, o Código Civil que regula essa modalidade de adoção (DIAS, 2016).

Maria Berenice Dias, também relata que quando se trata de adoção de maiores, deve ser proposta a ação pelo adotante e o adotado, sendo de competência das Varas de Família, e o Ministério Público não participa da demanda (DIAS, 2016).

Internacional

Como o próprio nome já diz, a adoção internacional se refere a adoção quando o adotado vem de outro país para residir no Brasil ou o pretendente (adotante) possui residência habitual fora do Brasil, e está só se dará: quando a colocação na família estrangeira é a solução adequada ao caso; que foram esgotadas todas as possibilidades de se colocar esta criança em família adotiva brasileira; e quando se tratar de adolescente, este foi consultado e se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional. Como disposto no Artigo 51 e parágrafo 1º do Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 1990).

Como discorrido por Maria Berenice Dias, para definir a adoção internacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente socorre-se de tratados internacionais, conforme o Artigo 51 do Estatuto (DIAS, 2015).

Maria Berenice Dias também retrata que, quando o Brasil for o país de acolhida, ou seja, quando o adotado vier para o Brasil e não sair dele, deve emitir certificado de naturalização provisório, conforme o Artigo 52-C do Estatuto da Criança e do Adolescente. E se a adoção não for deferida no país de origem ou este não tiver aderido à convenção, o processo segue o rito da adoção nacional conforme o Artigo 52-D do Estatuto (DIAS, 2015).

Maria Berenice Dias ainda discorre que, quando se fala em adoção internacional, cabe lembrar que a adoção de estrangeiro feita por brasileiros concede ao adotado a condição de brasileiro nato, pois conforme a Constituição este não pode sofrer quaisquer discriminações referentes à sua filiação, muito menos pelo fato desse decorrer de adoção (DIAS, 2015).

Póstuma

A adoção póstuma se refere à adoção após o falecimento do adotante, quando este já havia se manifestado sobre a vontade de adotar antes de seu falecimento.

Maria Berenice Dias discorre que, a sentença de adoção possui eficácia constitutiva e seus efeitos começam a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença (*ex nunc*), não produzindo efeito retroativa, conforme o artigo 46, parágrafo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém, a lei abre exceção na hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo: o efeito da sentença retroage à data do falecimento (DIAS, 2015).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald retrata sobre a justificativa do permissivo legal, dizendo que, excepcionalmente reconhecendo a retroatividade dos efeitos da sentença de adoção à morte do adotante, reside na proteção avançada do interesse do adotando, diminuindo os impactos perniciosos do óbito daquele que pretendia estabelecer um vínculo filiatório. Evita-se, desta forma, a frustração da adoção por conta da fatalidade (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Maria Berenice também discorre que, o deferimento da adoção pós falecimento do adotante está condicionado à propositura da ação antes do óbito, conforme artigo 43, parágrafo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes havia a necessidade de que o procedimento judicial já tenha sido iniciado, porém, isso deixou de ser exigido a partir da decisão do STJ. Portanto, basta que seja comprovada a inequívoca manifestação da vontade em adotar, antes do falecimento (DIAS, 2015).

“À Brasileira”

Se trata da adoção de forma ilegal, quando ocorre a entrega de um recém-nascido por exemplo, para que outras pessoas os registrem como se fosse seu filho, tal prática é comum no Brasil, porém inconstitucional, como afirma Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também ressalta que, a hipótese dessa adoção caracteriza um crime, conforme disposto no artigo 242 do Código Penal (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Maria Berenice Dias complementa, dizendo que esse tipo de adoção, não se equipara ao instituto da adoção, pela forma como foi levada a efeito. Sendo assim, dispõe o filho de legitimidade para buscar o reconhecimento da filiação biológica e a anulação do registro levado a efeito, independentemente da existência de filiação socioafetiva com o pai registral (DIAS, 2015).

Dirigida

Maria Berenice Dias discorre sobre a adoção dirigida ou *intuitu personae*, dizendo que, se trata da adoção quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa, também é chamada assim, quando existe a intenção de alguém adotar uma certa criança, portanto, as circunstâncias são variadas. Em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretense adotante, porém, vale ressaltar que, a tendência é não reconhecer o

direito de a mãe escolher os pais do seu filho. Aliás, dar seu filho para a adoção é o maior gesto de amor que existe, quando se sabe que não poderá criá-lo, renunciando seu filho para lhe assegurar uma vida melhor da que pode proporcionar, está atitude apenas o amor justifica (DIAS, 2015).

Maria Berenice Dias ressalta que, quando se fala sobre adoção dirigida, muitas das vezes em que ocorre este tipo de adoção, a adotante nunca se quer pensou em adotar, portanto, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem (DIAS, 2015).

Homoparental

Como o próprio nome já diz, a adoção homoparental se trata da adoção por casal, ou pessoa homossexual.

Maria Berenice Dias relata que, o tema ainda divide opiniões, porém não existe obstáculo para a adoção quando se trata de homossexuais, sendo as únicas exigências para o deferimento da adoção, é que apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos (DIAS, 2015).

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a entidade familiar homoafetiva produzirá efeitos comuns do Direito das Famílias, como o direito a alimentos, o direito à herança e acréscimo de sobrenome, portanto, não se têm distinção nenhum referente a adoção por um casal composto por homem e mulher, ou por qualquer pessoa heterossexual (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

PROCEDIMENTO PARA A ADOÇÃO

Como citado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, quando se trata da adoção de criança ou adolescente, ou adoção de adulto, sempre é necessário um processo judicial, sendo assim, elimina-se totalmente a adoção por ato contratual (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também ressaltam que, a adoção, não estará submetida ao procedimento especial das ações de família, ações essas que estão previstas nos artigos 693 a 699 do Código de Processo Civil, uma vez que o Parágrafo Único do dispositivo legal é enfático ao ressaltar procedimentos regulamentados pelo Estatuto, inclusive para a colocação em família substituta, continuam por ele regulamentados (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Maria Berenice Dias retrata que é garantida a tramitação prioritária dos processos, sob pena de responsabilidade conforme o artigo 152 parágrafos único do Estatuto da Criança e do Adolescente. Também discorre que a natureza do vínculo entre adotante e adotado não seja revelada no registro de nascimento do adotado, pois não deve conter nenhuma observação, sendo então vedado o fornecimento de certidão conforme o artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente (DIAS, 2015).

No que se refere a habilitação no procedimento de adoção, Maria Berenice Dias informa que este é de jurisdição voluntária, e que a competência é da Vara da Infância

e da Juventude, onde o candidato a adoção deve comparecer, e é dispensado, ou não necessário o acompanhamento por advogado (DIAS, 2015).

Porém Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald discorre que, quando a adoção se refere a pessoa maior de dezoito anos de idade, essa será processada no juízo de família do domicílio do adotando, levando em conta a projeção da regra geral de competência do artigo 46 do Código de Processo Civil (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Maria Berenice Dias ressalta que, quando os candidatos forem casados ou viverem em união estável, seja ela hétero ou homoafetiva, o casal deve comparecer ao cartório. Mesmo o candidato sendo casado ou vivendo em união estável, a habilitação pode ser levada a efeito por somente um do par, porém o cônjuge ou companheiro deve manifestar sua concordância (DIAS, 2015).

Em relação ao Ministério Público, conforme descrito por Maria Berenice Dias, este pode requerer a designação de audiência para a ouvida dos postulantes e de testemunhas conforme o artigo 197-B inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente (DIAS, 2015).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald complementam retratando que, o Promotor de Justiça com atuação livre e independente, pode requerer a produção de provas e formular pedidos. E dentro dessa liberdade de atuação, o Ministério Público pode se manifestar de forma favorável ou não ao pedido de adoção (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também discorrem que quando se tratando de adoção de pessoa completamente capaz, não haverá atuação do Ministério Público, em razão da autonomia privada, não se justificando, ideologicamente, a presença do órgão estatal (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Maria Berenice Dias retrata que, a inscrição dos candidatos está condicionada a um período de preparação psicossocial e jurídica conforme artigo 50 parágrafo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, mediante frequência obrigatória a programa de preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos como disposto no artigo 197-C parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (DIAS, 2015).

Maria Berenice Dias ressalta que, quando deferida a habilitação, o postulante é inscrito nos cadastros conforme o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja ordem cronológica é obedecida quase cegamente conforme artigo 197-E parágrafo 1º do Estatuto (DIAS, 2015).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald complementam dizendo que, a autoridade central de cada estado tem a responsabilidade de zelar pela manutenção e correta alimentação dos cadastros, com posterior comunicação à autoridade central federal. E pelo evidente interesse social, deverá o Ministério Público, através das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude, fiscalizar a regularidade dos cadastros e a convocação criteriosa dos pretendentes (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Maria Berenice Dias, ressalta que, mesmo havendo a determinação de que sejam elaboradas as listas, deve-se atentar ao direito da criança ser adotada por quem já lhe dedica carinho diferenciado, ou seja, se dá a preferência da adoção para quem a criança já tem um contato ou afeto, desde que, seja da vontade da criança, sendo assim, é injustificável negar a adoção por ausência de prévia inscrição dos interessados, principalmente quando a criança já convive com estes e reconhece como seus pais (DIAS, 2015).

Sobre a finalidade das listas, Maria Berenice Dias complementa dizendo que, a finalidade é agilizar o processo de adoção, organizar os pretendentes, facilitar a concessão da medida e não para obstaculizá-la. E finaliza dizendo que, quando estabelecido o vínculo afetivo com a criança, é perverso negar o pedido e entregá-la ao primeiro inscrito, pois tal postura desatende aos interesses prioritários de quem goza da especial proteção constitucional (DIAS, 2015).

Portanto, como discorrido á cima, o processo de adoção deveria ser simples, tendo em vista de que as listas devem estar sempre atualizadas, e só se deve dar atenção nos casos em que a criança a ser adotada já possui vínculo afetivo com alguém com interesse em adotá-la, para que essa criança não seja retirada de seu vínculo e posta em outra família pelo motivo de estes serem o primeiro na lista para a adoção.

EFEITOS IMEDIATOS DA SENTENÇA DA ADOÇÃO

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald relatam sobre a sentença do procedimento de adoção, dizendo que, a sentença que concede a adoção tem natureza constitutiva, independentemente de o adotando ser maior ou menor de dezoito anos de idade, pois ao mesmo tempo que ocorre a extinção do poder familiar existente estabelece uma relação paterno-filial entre adotante e adotado, ou seja, deixa de pertencer a uma família e começa a pertencer à outra (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald se aprofundam, afirmando que os efeitos naturais da sentença de adoção, dá a atribuição a condição de filho ao adotado para todos os fins, ou seja, este terá seu direito na condição de filho a direitos sucessórios e de parentesco, a mudança do sobrenome e o desfazimento dos laços paternos anteriores, com a respectiva extinção do poder familiar (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Sendo assim, o mesmo será tratado como filho legítimo da família que o adotou, e perderá seu vínculo com a família consanguínea, tendo seus direitos sucessórios e de parentesco apenas com a família que o adotou.

ESTATÍSTICAS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DISPONÍVEIS PARA ADOÇÃO NO BRASIL

Conforme a matéria de Alex Rodrigues da Agência CNJ de Notícias, na época da matéria, conforme os dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mais de 30.000 (trinta mil) crianças e adolescentes estariam em situação de acolhimento, porém apenas 5.154 (cinco mil cento e cinquenta e quatro) estavam aptas a serem adotadas (RODRIGUES, 2020).

Sendo que a faixa etária acima de 15 (quinze) anos é a que mais teria adolescentes em situação de acolhimento com 8.646 (oito mil seiscentos e quarenta e seis) crianças, seguido pela faixa etária de 12 (doze) a 15 (quinze) anos com 5.886 (cinco mil oitocentos e oitenta e seis) adolescentes (RODRIGUES, 2020).

Portanto, se analisa facilmente que, quanto mais idade o adolescente tiver, mais difícil fica a sua adoção, tendo em vista a quantidade elevada de adolescentes disponíveis para a adoção comparado a idade das crianças de faixa etária menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto neste artigo, podemos concluir que a adoção é de suma importância tanto para a criança ou adolescente que precisa de um lar, tanto para a família que está em busca de se completar de alguma forma. Pois a criança ou adolescente precisa de segurança, atenção, carinho e uma base familiar, para que possa se desenvolver com toda a estrutura necessária para que se torne um ser humano melhor a cada dia, e quem busca adotar, está disposto a dar tudo isso que a criança ou a adolescente pesquisa.

Porém, apesar das várias formas de adoção previstas na legislação brasileira, ainda assim existe muitas crianças e adolescentes na fila para a adoção que não encontram um lar, e na maioria das vezes isso acontece por conta do perfil da criança e do adolescente não ser compatível com o que quem busca adotar está procurando. Mas, sabemos que o ambos buscam coisas compatíveis, que é dar e receber amor, carinho, atenção e construir uma família.

O que se pode concluir é que, o problema está muito mais ligado em conscientizar quem busca uma criança ou adolescente para adotar, que o perfil é a parte, de certa forma, menos importante no processo como um todo, já que independente de tudo, a intenção e desejo na adoção é sempre a mesma, ou seja, construir uma família. E esta família também pode ser composta de uma criança com o perfil diferente do que o desejado pelos adotantes a princípio, pois o que a criança ou adolescente busca é exatamente ser incluído em uma família, e essa família pode acabar cogitando ser mais abrangente com o perfil da criança desejada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1º de Janeiro de 1916.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 13 de julho de 1990.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto: questões jurídicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 6. ed. Salvador, JusPODIVM, 2016.

RODRIGUES, Alex. Mais de 5 mil crianças estão disponíveis para adoção no Brasil. CNJ Conselho Nacional de Justiça. 10 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mais-de-5-mil-criancas-estao-disponiveis-para-adocao-no-brasil/>. Acesso em: 20 de Maio de 2023.

Sistema S: Uma análise do Sistema S e seus desdobramentos no Direito Tributário

Sistema S: An analysis of the Sistema S and its developments in Tax Law

Ricardo Elias Hack

Acadêmico de Direito da Faculdade ISEPE/Rondon.

Flávia Piccinin Paz

Professor Orientador da Faculdade ISEPE/Rondon

RESUMO

O Sistema S é o termo que define um aglomerado de entidades, mantidas e organizadas por federações empresariais, independentes do governo, porém, de extremo interesse social, por suas ações de prestação de serviços de benefícios públicos. O Sistema S é financiado por contribuições parafiscais, estas ainda podem receber a denominação de contribuições sociais destinadas a terceiros, contribuições estas estabelecidas conforme estipulado na Constituição Federal. A existência de tais contribuições para a manutenção do Sistema S, vem sendo alvo de diversas lides e discussões sociais ao decorrer dos anos, quanto sua forma de tributação, ou até mesmo a constitucionalidade da pretensão ativa do Estado, de exigir do contribuinte tal tributo. O presente estudo almeja fazer uma análise de alguns nuances práticos e repercussões das demandas jurídicas em voga a respeito do Sistema S, e trazer em destaque algumas das discussões contemporâneas acerca do tema, a partir da análise bibliográfica de discussões públicas, artigos de opinião, assim como os temas julgados, e em julgamento das cortes brasileiras, e por fim, trazer de forma resumida uma reflexão sobre o estado atual e possível futuro sobre a sobrevivência do Sistema.

Palavras-chave: sistema S. prestação de serviços. julgamento.

INTRODUÇÃO

O Sistema S consolidou nos últimos anos um grande volume de debates arguidos por grupos econômicos, sociedades empresariais e juristas quanto ao seu interesse nacional, e por consequência, a sua forma



de organização tributária, e especialmente, no que concerne à sua forma de manutenção econômica perante o cenário nacional. Tal Sistema é alimentado por contribuições parafiscais, ou ainda, contribuições sociais destinadas a terceiros, sendo o sujeito passivo de tais tributos os grupos econômicos e sociedades empresariais, estes responsáveis por uma série de lides e contendas judiciais nos últimos anos, que se estendem da extensão, forma ou ainda a inexigibilidade da competência Estatal de auferir tributos para a manutenção das entidades do Sistema S, neste contexto, temos a seguir uma breve análise destas imbricações, realizada a partir de análise bibliográfica de artigos, leis e processos judiciais referentes ao tema, no intuito de trazer uma breve reflexão para um tema de inerente interesse público nacional.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Segundo o professor, Hugo de Brito Machado, as contribuições são “prestações pecuniárias compulsórias, pagas pelos contribuintes a pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado encarregadas de realizar atividades de interesse público” (MACHADO, 2015, p. 306). Ou seja, as contribuições têm como objetivo específico o financiamento de políticas públicas, como a previdência social, a saúde e a assistência social.

Ao contrário dos impostos, que têm como finalidade a arrecadação de recursos para o Estado, sem destinação específica, as contribuições têm uma finalidade vinculada, ou seja, são direcionadas para um fim específico. Além disso, as contribuições a terceiros são devidas por empresas e empregadores, e não por pessoas físicas.

Algumas das principais contribuições a terceiros presentes no sistema tributário brasileiro são as destinadas à previdência social, que têm como objetivo garantir a aposentadoria e outros benefícios aos trabalhadores; as destinadas à saúde, que financiam o Sistema Único de Saúde (SUS); as destinadas à assistência social, que garantem benefícios como o Bolsa Família; as destinadas ao seguro-desemprego, que auxiliam os trabalhadores em momentos de desemprego; e as destinadas ao Sistema S, que conforme redação dada pelo Senado em seu website, engloba instituições como o SENAI e o SEBRAE, que têm como objetivo capacitar e promover o desenvolvimento das empresas. (SENADO, 2023, Online)

É importante destacar que as contribuições a terceiros têm regras específicas de cálculo e pagamento. Em geral, a base de cálculo das contribuições é a folha de pagamento das empresas, ou seja, o total de remuneração paga aos trabalhadores. As alíquotas das contribuições também variam de acordo com a finalidade e a base de cálculo da contribuição. No caso das contribuições destinadas à previdência social, a legislação nacional estipula que a alíquota é de 20% sobre a folha de pagamento das empresas, vide art. 22 da lei 8.212/91. Já no caso das contribuições destinadas ao Sistema S, as alíquotas podem variar de 0,2% a 2,5% sobre o faturamento ou o lucro da empresa vide informação prestada pelo próprio senado (SENADO, Online)

De outro lado, um dos comentários negativos acerca a forma de tributação das contribuições destinados ao Sistema S reside na falta de transparência e controle sobre o valor arrecadado, em reportagem do Jornal Folha de São Paulo (FOLHA, 2017, ONLINE)

de 2017 fora divulgado que A arrecadação da maior parte dos recursos pelas empresas destinados aos cofres do Senai e do Sesi, duas das principais entidades do Sistema S, não é realizada pela União. Isso apresenta desafios no controle e na transparência desses recursos, gerando controvérsias jurídicas.

Uma das principais críticas às contribuições a terceiros é que elas podem onerar excessivamente as empresas e prejudicar a competitividade no mercado. Segundo o professor, Bielschowsky, “as contribuições podem ter impacto na competitividade das empresas, principalmente as exportadoras, que enfrentam concorrência de empresas de outros países com tributação mais baixa” (BIELSCHOWSKY, 2019, Online).

Outra crítica às contribuições a terceiros é que elas podem ser consideradas uma forma de “imposto disfarçado”, já que acabam sendo repassadas para o preço final dos produtos e serviços, impactando o consumidor final. Segundo o advogado tributarista Santiago, “as contribuições a terceiros podem ser consideradas uma forma de imposto disfarçado, já que acabam sendo embutidas no preço final dos produtos e serviços, prejudicando o consumidor” (SANTIAGO, 2019, Online).

Apesar das críticas, as contribuições a terceiros são uma importante fonte de receita para o governo brasileiro e têm como objetivo garantir o financiamento de políticas públicas importantes, como a previdência social e a saúde. Além disso, as contribuições a terceiros podem ser uma forma eficiente de garantir a sustentabilidade dessas políticas, já que garantem uma fonte de receita regular e previsível.

Em um editorial de 2018 a Infomoney alegou o seguinte, em um editorial de 2018 a página Infomoney alegou o seguinte no que tange o Sistema S, e os tributos devidos ao mesmo:

Como quem faz o pagamento desses valores são os empresários, há a falsa impressão de que esse ônus é assumido por eles. Falsa impressão. Na primeira aula de economia fiscal, aprende-se que não necessariamente quem paga o tributo assume o seu ônus. E, no caso de tributos que incidem financeiramente sobre os salários, é seguro dizer que o empresário tende a represar os aumentos de salários e as contratações de novos empregados em função do ônus de pagar esses tributos calculados sobre os salários. Logo, quem acaba assumindo, em última análise, esses encargos são os... trabalhadores... (INFOMONEY, 2018, ONLINE)

Apesar de terem regras específicas de cálculo e pagamento, as contribuições podem ser consideradas por alguns como uma forma de imposto disfarçado e podem prejudicar a competitividade das empresas e o consumidor final, no entanto, é importante destacar que as contribuições a terceiros são obrigatórias e têm como objetivo garantir a sustentabilidade dessas políticas públicas, garantindo uma fonte de receita regular e previsível.

O SISTEMA S

Segundo a Agência Brasil, o Sistema S tem sua origem na década de 1940, quando o governo brasileiro criou o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e o Serviço Social da Indústria (SESI), com o objetivo de oferecer formação profissional e assistência social aos trabalhadores da indústria. Essas entidades foram criadas em um contexto de crescimento da indústria brasileira e da necessidade de formar mão de obra qualificada para atender às demandas do setor. (AGÊNCIA BRASIL, 2020, Online)

O Sistema S é um conjunto de entidades privadas que oferecem serviços de capacitação profissional, assistência social, pesquisa e desenvolvimento tecnológico para empresas e trabalhadores brasileiros. As entidades que compõem o Sistema S têm origem em diferentes momentos históricos e possuem diferentes áreas de atuação, mas todas são regulamentadas por leis específicas e têm como objetivo contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país.

Posteriormente, foram criados outros serviços de capacitação profissional e assistência social, como o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR). Essas entidades foram criadas com base nas necessidades de outros setores da economia, como o comércio e a agricultura.

O Sistema S é regulamentado por diversas leis, que estabelecem as condições de funcionamento das entidades que o compõem e as obrigações das empresas que contribuem para o sistema. As principais leis que regem o Sistema S são; Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990: Define a natureza jurídica e o regime tributário das entidades que compõem o Sistema S; Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996: Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional e prevê a participação das entidades do Sistema S na formação profissional; Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000: Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) e o Serviço Social do Transporte (SEST); Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011: Altera a forma de contribuição ao Sistema S, estabelecendo alíquotas diferenciadas para a folha de salários e o faturamento bruto das empresas

As entidades que compõem o Sistema S têm diferentes áreas de atuação e oferecem serviços diversos para empresas e trabalhadores brasileiros. Segundo a FIA (FIA, 2019, Online) Algumas das principais entidades do Sistema S e suas áreas de atuação são; SENAI: Oferece serviços de educação profissional e tecnológica para a indústria; SESI: Oferece serviços de assistência social, saúde e educação para os trabalhadores da indústria e seus dependentes; SENAC: Oferece serviços de educação profissional e tecnológica para o comércio de bens, serviços e turismo; SESC: Oferece serviços de cultura, lazer, educação e saúde para os trabalhadores do comércio e seus dependentes; SENAR: Oferece serviços de formação profissional e assistência técnica para a agricultura; SEBRAE: Oferece serviços de apoio ao empreendedorismo e ao desenvolvimento das micro e pequenas empresas.

Todas essas entidades têm como objetivo contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país, por meio da oferta de serviços de capacitação profissional, assistência social, pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Além disso, o Sistema S também atua na defesa dos interesses das empresas e dos trabalhadores de suas respectivas áreas de atuação.

A forma de tributação do Sistema S é alvo de críticas por parte de alguns setores da economia, segundo o tributarista Augusto Fauvel (2020, ONLINE), “A incidência total do “sistema S” corresponde a 5,8% ao mês, ou seja, onera e muito os contribuintes que possuem vasta folha de pagamento. Com a limitação da decisão do STJ, além da significativa economia mensal, poderão os contribuintes buscar a restituição ou compensação dos valores recolhidos, respeitado o prazo prescricional de cinco anos”, explica. Por outro lado, defensores do sistema argumentam que as contribuições são fundamentais para financiar

os serviços oferecidos pelas entidades do Sistema S e contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país, em um editorial da Portal da Industria (2019, ONLINE), “Eventuais cortes nos recursos de entidades como SESI e SENAI atingiram justamente a principal rede que cuida da qualificação profissional, da saúde e da segurança dos trabalhadores no Brasil” elucida a fonte.

A forma de tributação do Sistema S é realizada por meio de contribuições compulsórias das empresas que estão enquadradas em seus setores de atuação. As contribuições são regulamentadas pela Lei nº 8.029/1990 e pela Lei nº 12.546/2011, que estabelecem as alíquotas e as bases de cálculo das contribuições.

Apesar das críticas que recebe em relação à sua forma de tributação, o Sistema S é reconhecido como um importante instrumento de desenvolvimento econômico e social do país, contribuindo para a formação de mão de obra qualificada, o desenvolvimento tecnológico, a assistência social e a defesa dos interesses das empresas e dos trabalhadores de suas respectivas áreas de atuação.

DA LIMITAÇÃO DO LIMITE DE 20 SALÁRIOS-MÍNIMOS À BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES

A aplicação do limite de 20 salários-mínimos à base de cálculo das contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros pode ter diversas implicações práticas para os contribuintes e entidades que arrecadam tais contribuições. Em caso de aplicação do limite, o valor a ser recolhido como contribuição seria reduzido, o que pode trazer benefícios para as empresas e trabalhadores que arcam com esses custos. Por outro lado, a falta de clareza na legislação e a divergência jurisprudencial em relação à aplicação do limite podem gerar insegurança jurídica e dificuldades na hora de calcular e recolher as contribuições devidas.

Porém, o que resta evidenciado é a vontade do setor empresarial em vislumbrar uma diminuição dos valores a serem contribuídos em forma de tributos, isso em detrimento do valor nacional do Sistema S, que se verá diante de um grande corte de fundos se tal tese de limitação tributária lograr êxito junto ao STJ. Mesmo como já exposto, tais contribuições constituem uma pequena parcela dos encargos pagos pelo empregador na manutenção de uma relação trabalhista.

Diante da falta de clareza na legislação, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sido chamado a se manifestar sobre a aplicação do limite de 20 salários-mínimos às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros. Nesse contexto, o Tema Repetitivo 1079 do STJ estabeleceu o entendimento de que o limite de 20 salários-mínimos previsto na Lei n. 6.950/1981, com as alterações promovidas pelo Decreto-Lei n. 2.318/1986, é aplicável apenas às contribuições destinadas ao SESI, SENAI, SESC e SENAC, e não a outras contribuições parafiscais. Assim, segundo a jurisprudência do STJ, as contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros não estão sujeitas ao limite de 20 salários-mínimos, a menos que haja previsão legal expressa nesse sentido.

Uma das principais questões jurídicas envolvendo o Sistema S diz respeito à natureza jurídica das entidades que o compõem. Isso porque, embora sejam entidades privadas, elas exercem atividades de interesse público e recebem recursos públicos, o que tem gerado discussões sobre sua submissão ou não ao controle estatal. Em relação a essa questão, o STJ já se manifestou em diversos julgados, entendendo que as entidades do Sistema S têm natureza jurídica de direito privado e não estão sujeitas ao controle estatal, porém devem cumprir determinadas obrigações previstas em lei.

VALIDADE E LEGALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA O SISTEMA S

Outra questão que tem sido amplamente discutida nos tribunais diz respeito à validade e legalidade da contribuição social recolhida pelas empresas para o Sistema S. Isso porque, algumas empresas questionam a obrigatoriedade do pagamento da contribuição, argumentando que não utilizam os serviços oferecidos pelas entidades do Sistema S ou que esses serviços não apresentam qualidade satisfatória.

No entanto, o STJ tem entendido que a contribuição social para o Sistema S é constitucional e legal, desde que cumpridas as exigências previstas em lei. Nesse sentido, o Tribunal já decidiu que “a contribuição ao Sistema S é constitucional, considerando-se o seu caráter de interesse público e o fato de que as atividades por ele desenvolvidas são essenciais para a capacitação e a qualificação profissional de trabalhadores, além de outras atividades de cunho social” (AgRg no REsp 1321234/PR, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2012, DJe 20/12/2012).

Além disso, o STJ tem se manifestado sobre outras questões envolvendo a contribuição social para o Sistema S, como a base de cálculo e a prescrição para a sua cobrança.

No que se refere à base de cálculo, o STJ já decidiu que a contribuição social para o Sistema S deve incidir sobre a folha de salários das empresas, incluindo as gratificações, prêmios e participações nos lucros. Em um julgado de 2015 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1502936/RS), por exemplo, a Segunda Turma do STJ entendeu que a base de cálculo da contribuição destinada ao Sistema S é a folha de salários, que corresponde à totalidade das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título aos segurados e aos demais trabalhadores que prestam serviços à empresa.

No que se refere à prescrição para a cobrança da contribuição social, o STJ tem entendido que o prazo prescricional é de cinco anos a partir do fato gerador da obrigação. Em um julgado de 2013 (REsp 1312289/RS), a Primeira Turma do STJ entendeu que “a pretensão de cobrança das contribuições destinadas ao Sistema S está sujeita ao prazo prescricional quinquenal, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que houve o fato gerador”.

Outra questão que tem sido discutida nos tribunais é a responsabilidade solidária das empresas em relação à contribuição social para o Sistema S. Isso porque, algumas empresas têm tentado se eximir da responsabilidade pelo pagamento da contribuição alegando que os serviços oferecidos pelo Sistema S não foram efetivamente utilizados.

No entanto, o STJ tem entendido que as empresas são responsáveis solidárias pelo pagamento da contribuição, independentemente do uso dos serviços oferecidos pelo Sistema S. Em um julgado de 2016 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1559991/SP), por exemplo, a Primeira Turma do STJ entendeu que a responsabilidade solidária decorrente da contribuição destinada ao Sistema S não se limita àquelas empresas que efetivamente se beneficiaram dos serviços oferecidos pelas entidades que compõem o sistema, mas abrange todas as empresas que integram a cadeia produtiva, na medida em que se beneficiam indiretamente do aumento da qualidade e da capacitação da mão de obra.

A jurisprudência do STJ em relação ao Sistema S tem sido bastante consolidada no sentido de reconhecer a natureza jurídica de direito privado das entidades que compõem o sistema e a validade e legalidade da contribuição social recolhida pelas empresas, desde que cumpridas as exigências previstas em lei. Além disso, o STJ tem entendido que a contribuição social deve incidir sobre a folha de salários das empresas se que o prazo prescricional para a sua cobrança é de cinco anos a partir do fato gerador da obrigação. Por fim, o Tribunal tem reconhecido a responsabilidade solidária das empresas em relação à contribuição social para o Sistema S, independentemente do uso efetivo dos serviços oferecidos pelas entidades que compõem o sistema.

DA CONSTITUCIONALIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES A TERCEIROS DESTINADOS AO SISTEMA S

Na Justiça Federal do Paraná, em 26 de novembro de 2019, foi apresentado um Mandado de Segurança, sob o Número Único 5019343-21.2019.4.04.7003 que posteriormente iria compor o REsp nº 1905870 / PR, dos quais iriam formar o tema 1079 em debate no STJ. Com o objetivo de obter a concessão da segurança solicitada pelo Impetrante, cujo pedido era reconhecer a inconstitucionalidade e a inexigibilidade das contribuições ao Sistema S, Sebrae, Incra e Salário Educação, e, conseqüentemente, dispensar a obrigação de recolhimento dessas contribuições.

O Impetrante alegou que essas contribuições estariam sendo exigidas por meio da imposição de alíquotas sobre a folha de salários, mesmo após a Emenda Constitucional nº 33/2001 determinar que a contribuição deveria incidir sobre o faturamento, receita bruta, valor da operação ou valor aduaneiro. Neste sentido a redação da Emenda Constitucional nº 33/2001 está composta assim:

Art. 1º O Art. 149 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“Art. 149.

§ 1º.....

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - Não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - Poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e

seus derivados e álcool combustível;

III - Poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.”(NR)

Neste certame, ao analisar § 2º, III, alínea a), é claro ao informar que as contribuições devem incidir sobre o faturamento, receita bruta, valor da operação ou valor aduaneiro, diferente da atual prática em que as contribuições sociais têm como base de cálculo a folha de pagamento, muito embora, o legislador no caso utilizou o verbo “poder”, conotando que tal rol pode ser interpretado de forma exemplificativa, argumento reforçado por Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2019, p.85):

As contribuições sociais e as de intervenção no domínio econômico poderão gravar a importação de produtos e serviços, mas não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação (art. 149, §2º, I e II). Poderão ter alíquota ad valorem, tendo por base de cálculo o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro (art. 149, §2º, III, a).

Diante do exposto, não resta dúvida sobre a improcedência do pedido em análise, a lei constitucional é clara ao ter adotado uma posição de não ter criado um rol taxativo, mas sim exemplificativo sobre a natureza das bases de cálculo das contribuições sociais.

Além disso, de forma subsidiária e considerando o princípio da eventualidade, buscou o reconhecimento do direito de calcular as contribuições devidas a terceiros com base em uma base de cálculo que não exceda o valor limite de 20 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. Ademais, foi solicitado o reconhecimento do direito das Impetrantes de apurar o montante indevido referente às contribuições devidas a título de contribuição de sociais/terceiros, e serem reembolsadas por meio de compensação com quaisquer tributos devidos à Receita Federal do Brasil, de acordo com sua escolha. Observando o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados a partir da data de protocolo desta demanda, com a devida correção monetária pela taxa SELIC desde o pagamento indevido.

O debate em torno do limite de 20 salários mínimos da base de cálculo das contribuições tributárias devidas ao Sistema S não se restringe apenas a aspectos infraconstitucionais, mas também possui implicações constitucionais significativas. Dessa forma, está além da classificação das contribuições tributárias especiais da União e abrange a questão da recepção ou não de normas legais anteriores à promulgação da Constituição, através de uma análise comparativa dos dispositivos que estabelecem os princípios constitucionais tributários e os limites constitucionais impostos aos benefícios fiscais.

Atualmente, tem havido argumentações nos tribunais federais sustentando que a base de cálculo das contribuições tributárias dos serviços sociais autônomos está limitada a 20 salários mínimos, conforme estabelecido pela Lei nº 6.950/81, que já tem quatro décadas de vigência. No artigo 4º, parágrafo único, da referida lei, encontramos o seguinte dispositivo: “Artigo 4º — O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no artigo 5º da

Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 vezes o maior salário-mínimo vigente no País. Parágrafo único. O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros”.

O Impetrante alegou estar envolvido no ramo de comércio atacadista e varejista de mercadorias em geral, o que o sujeitava a uma ampla variedade de tributos, incluindo as contribuições sociais devidas a terceiros (Sistema S, Sebrae, Incra e Salário Educação). Essas contribuições possuem diferentes categorias e alíquotas, sendo calculadas com base na folha de salários, ou seja, sobre o montante total de remunerações pagas aos funcionários. No entanto, após as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 33/2001, essas imposições seriam conforme o Impetrante inconstitucionais.

Aqui se observa novamente, a inobservância do Impetrante no que diz respeito de análise a norma constitucional, onde o mesmo afirma existir um rol taxativo, apesar da clara opção do legislador em utilizar-se de um verbo, que, diante de um simples exercício de hermenêutica, se deduz a opção pelo regente da lei em introduzir um dispositivo de natureza exemplificativa, pois caso sua vontade fosse diferente, não teria se aproveitado do verbo “poder”.

A autoridade impetrada argumentou que a imunidade estabelecida pela Emenda Constitucional nº 33/2001 se limitou às receitas provenientes da exportação de produtos e serviços, não abrangendo os efeitos pretendidos pelo impetrante. Destacou que o inciso III, do § 2º, do artigo 149 da Constituição Federal estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter alíquotas ad valorem, com base no faturamento, receita bruta, valor da operação ou, no caso de importação, o valor aduaneiro. Ficou claro que o uso do verbo “poder” no texto constitucional significa a possibilidade ou faculdade de as referidas contribuições incidirem sobre as bases mencionadas no dispositivo. Neste sentido analisemos a passagem de Paulo de Barros Carvalho:

A competência atribuída à União para criar contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, tendo por hipótese de incidência, confirmada pela base de cálculo, o faturamento, a receita bruta, o valor da operação, o valor aduaneiro e as unidades específicas de medida, não esgota as possibilidades legiferantes outros supostos poderão ser eleitos; o elenco não é taxativo. (CARVALHO, 2019, p.85)

Além disso, afirmou que a limitação de 20 salários-mínimos, estabelecida no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 6.950/81, foi revogada não apenas pelo Decreto-Lei nº 2.318/86, mas também de forma inequívoca pela publicação da Lei nº 7.789/89. Esta última proibiu, em seu artigo 3º, a vinculação do salário-mínimo para qualquer finalidade ou aplicação. Em resumo, o Impetrante solicitou que fosse determinada a dispensa da obrigação de recolher a contribuição social destinada ao Sistema S, Sebrae, Incra e salário-educação incidente sobre a folha de salários, bem como o direito à restituição ou compensação dos valores recolhidos. Em resposta, a 1ª Vara Federal de Maringá argumentou que, ao contrário do alegado pela parte impetrante, a Emenda Constitucional 33, de 11 de dezembro de 2001, não excluiu a possibilidade de incidência de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico sobre a folha de pagamento. Isso se deve ao fato de que, ao alterar a redação do artigo 149 da Constituição, adicionando o §2º, apenas indicou que tais contribuições podem ter alíquotas ad valorem.

O Tribunal de Justiça do Paraná argumentou que, com a Emenda Constitucional 33/2001, ao inserir o §2º no artigo 149 da Constituição Federal, permitiu que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico tivessem como base de cálculo o faturamento, receita bruta, valor da operação e valor aduaneiro, sem prejudicar outras bases de cálculo já indicadas em outras normas, incluindo aquelas discutidas neste caso. Em outras palavras, a emenda apresentou um rol exemplificativo das bases de cálculo sobre as quais as contribuições de intervenção no domínio econômico podem incidir, o que significa que não houve revogação das contribuições incidentes sobre a folha de salários, neste sentido analisemos mais uma passagem de Paulo de Barros Carvalho:

Apenas as contribuições para a seguridade social encontram, na Carta Magna, disciplina exaustiva das suas hipóteses de incidência, exigindo, para criação de novas materialidades, estrita observância aos requisitos impostos ao exercício da competência residual: instituição mediante lei complementar, não cumulatividade e hipótese de incidência e base de cálculo diversos dos discriminados na Constituição (art.195, §4º). (CARVALHO, 2019, p.85)

Além disso, a corte mencionou que já possuía um entendimento consolidado sobre o assunto, citando o voto proferido pelo Desembargador Federal Dr. Rômulo Pizzolatti nos autos do Agravo de Instrumento 5013615-27.2017.404.0000/SC (TRF4, Segunda Turma, juntado aos autos em 13.7.2017),

O pedido formulado pelo impetrante fora julgado improcedente, sendo pelo entendimento já anteriormente firmado pela corte assim como os precedentes da mesma dentro desta seara, ao considerar constitucionais as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico tivessem como base de cálculo a folha de pagamento, assim como é de prática no que tange às contribuições sociais destinadas a manutenção do Sistema S. Portanto, já se vislumbra uma série de precedentes em favor da manutenção do atual sistema de tributação inerente à matéria.

O Tribunal se mostrou coerente ao demonstrar capacidade mais avantajada no exercício de interpretação da norma constitucional, onde este obteve êxito ao identificar de forma simples e reiterada a vontade do legislador ao formular o texto em análise, saindo o impetrante em prejuízo neste sentido, ao falhar na sua capacidade de cognição e interpretação da norma.

Ainda no mesmo processo, o Impetrante pediu de forma subsidiária à limitação da base de cálculo das contribuições a terceiros em 20 salários-mínimos, o tribunal mencionou que a Lei nº 6.950/1981 unificou a base contributiva das empresas para a Previdência Social e para as contribuições parafiscais arrecadadas, estabelecendo que o limite máximo do salário de contribuição nesses casos corresponderia a vinte vezes o salário-mínimo em vigor no país. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 2.318/1986 estabeleceu de forma explícita que o salário de contribuição não estava sujeito ao limite de vinte vezes o salário-mínimo imposto pelo referido artigo 4º da Lei nº 6.950/1981.

Portanto, uma vez que o artigo 3º do Decreto-Lei nº 2.318/1986 revogou o caput do artigo 4º da Lei nº 6.950/1981, é necessário reconhecer a revogação indireta de seu parágrafo único. Essa é a orientação mais recente do tribunal mencionado, conforme demonstrado a seguir:

TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO COMUM. CONTRIBUIÇÕES. EC Nº 33/2001. RECEPÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ART. 4º DA LEI Nº 6.950/81. INAPLICABILIDADE. REVOGAÇÃO PELO DECRETO Nº 2.138/86 1. As contribuições destinadas ao INCRA, SEBRAE, SENAI/SESI e FNDE não foram revogadas pela EC nº 33/2001, inexistindo incompatibilidade das suas bases de cálculo com as bases econômicas mencionadas no art. 149, § 2º, inciso III, alínea a, da CF. 2. A limitação de 20 salários mínimos, prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 6.950/81, foi revogada juntamente com o caput do artigo 4º, pelo Decreto-Lei nº 2.318/86, pois não é possível subsistir em vigor o parágrafo estando revogado o artigo correspondente. 3. Sentença mantida. (TRF4, AC 5005457-96.2017.4.04.7205, SEGUNDA TURMA, Relator ANDREI PITTEN VELLOSO, juntado aos autos em 27/09/2018) (Grifo do Juízo). TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO SALÁRIO EDUCAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ART. 4º DA LEI Nº 6.950/81. INAPLICABILIDADE. REVOGAÇÃO PELO DECRETO Nº 2.138/86. 1. A limitação de 20 salários mínimos, prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei 6.950/81, foi revogada juntamente com o caput do artigo 4º, pelo Decreto-Lei 2.318/86, pois não é possível subsistir em vigor o parágrafo estando revogado o artigo correspondente. 2. O salário-educação incide ‘sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados’. (TRF4, AC 5006468-73.2011.4.04.7205, SEGUNDA TURMA, Relatora LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, juntado aos autos em 14/11/2012)

Assim, a corte julgou inexistir, na atual ordem jurídica, limitação à base de cálculo das contribuições para-fiscais, razão por que a denegação da segurança é medida que foi consolidada, porém destarte a decisão emitida pelo juízo no processo em análise, tais méritos ainda continuam em litigância, na forma do REsp nº 1905870 / PR, onde em conjunto com o REsp 1898532/CE de origem do TRF5, vieram a formar o Tema 1079 do STJ, precedente qualificado que se encontra afetado desde 2020, havendo a determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional.

CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS

No site do STJ (2023, Online) informa que há a expectativa de início do julgamento de diversos temas repetitivos, sendo um deles o Tema 1.079. Nesse momento, se defronta com uma grande questão pertinente que reside na possibilidade da provável extinção do próprio Sistema S, no caso do julgamento da inconstitucionalidade das contribuições sociais destinadas a esta instituição, isso pode acarretar o completo colapso.

Como já referido no presente artigo, o Sistema S possui imenso interesse público, o seu fim resultaria em imensos prejuízos para a base de formação de trabalhadores qualificados dentro do cenário nacional, o que pode gerar um agravamento na crise de desemprego enfrentada pelo Brasil. Portanto, do ponto de vista social, o desmonte da instituição afetaria todo um conjunto de pessoas e entidades privadas, assim como um grave retrocesso na base de formação da classe trabalhadora, e por consequência, um dano à toda a sociedade civil e prejuízo ao próprio Estado, este, já imensamente prejudicado por uma grave crise na área de educação e prestação de serviços sociais. Nos defrontamos com a possibilidade de um sério retrocesso das já abaladas colunas da infraestrutura, representada pelos meios e relações de produção, e superestrutura, em função das contribuições culturais do Sistema S à sociedade civil.

E ainda dentro da seara da análise jurídica, os argumentos elencados pelos grupos que representam o lobby responsável pelas propostas de limitação das contribuições

sociais a um limite de 20 salários-mínimos, segundo Edvaldo Nilo de Almeida (2021, Online) não consideram adequadamente a capacidade contributiva individual nem a igualdade tributária. Isso ocorre porque o contribuinte com maior capacidade de pagamento, acaba contribuindo uma proporção significativamente menor em comparação ao contribuinte com menor capacidade para cumprir suas obrigações tributárias. Que diz isso?

No contexto do Direito Tributário constitucional, busca-se garantir uma avaliação apropriada da carga tributária imposta ao contribuinte. Nesse sentido, o benefício fiscal estabelecido pela Lei nº 6.950/1981 é inconstitucionalmente inadequado ou não reconhecido pela Constituição de 1988. Tal decisão representaria um forte golpe na segurança jurídica e manutenção da equidade buscada pela nossa Carta Magna, neste sentido analisemos a seguinte passagem de Carvalho (2020, p.209-210):

Está contido na formulação expressa do art.5º, caput, da Constituição e reflete uma tendência axiológica de extraordinária importância. 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... seu destinatário é o legislador, entendido aqui na sua proporção semântica mais larga possível, isto é, os órgãos da atividade legislativa e todos aqueles que expedirem normas dotadas de juridicidade.

Nesta hipótese, a limitação imposta pelo parágrafo único do artigo 4º da Lei 6.950/1981, que conforme já avaliado no presente artigo, já foi revogado, constitui um privilégio injusto, uma afronta aos princípios de equidade e igualdade, correlatos ao Direito Tributário.

Isso ocorre porque tal limitação concede uma benesse fiscal aos contribuintes de maior capacidade contributiva, sem qualquer justificativa em relação aos interesses constitucionalmente tutelados. Ademais, a Constituição Federal em seu artigo 150, §6º, e o artigo 41, §1º, do ADCT estabelecem a exigência de que toda redução de base de cálculo de contribuição social se faça mediante lei própria, portanto, limitando o poder de que qualquer instância do judiciário aja de forma ativista nas presentes demandas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema S é uma instituição de valor nacional intrínseco, sendo até difícil mensurar o tamanho do seu escopo de contribuições sociais alcançadas por ele. Destarte sua posição como uma organização de tamanho valor público, ele vem sendo alvo de diversas demandas jurídicas objetivando sua permanência como um baluarte de difusão de conhecimento, serviços sociais e culturais, e conseqüentemente sua manutenção no cenário nacional. Apesar de agir como um importante centro de aprendizado e capacitação para a vida profissional da população em idade ativa, ele é reiteradamente objeto de contestação da sua finalidade, em forma de uma quantidade considerável de demandas jurídicas questionando sua finalidade e por conseqüência o dever de contribuições tributárias de natureza social para sua manutenção.

As cortes federais se encontram diante de uma infinidade de pedidos contestando o dever e a forma de contribuir, fato que gerou o Superior Tribunal de Justiça formar um precedente qualificado sobre o tema, e suspender todas as ações a nível nacional

relacionados ao tema até o mesmo ser julgado, do qual já informou que pretende fazê-lo neste ano de trabalho jurisdicional.

Porém, se aduz um possível cenário de agravamento da segurança jurídica, caso obtenham sucesso os litigantes contra o Sistema S, pois, a partir de um exercício simples de hermenêutica, é fácil averiguar a constitucionalidade das contribuições sociais e sobre o domínio econômico tendo como base de cálculo o faturamento, receita bruta, valor da operação e valor aduaneiro. Portanto, já se vislumbra uma série de precedentes em favor da manutenção do atual sistema de tributação inerente à matéria.

Ademais, qualquer alteração sobre estas contribuições deve ser submetida ao processo legislativo, formuladas e estipuladas em forma de lei própria, assim como rege a Constituição Federal e o ADCT. Ademais, constata-se que as contribuições devidas ao Sistema S possuem natureza de contribuições sociais e Cides, logo, se afasta qualquer forma de alteração na sua base ou forma de cálculo a partir de uma decisão prolatada por um órgão judiciário. Outrossim, o muitas vezes citado parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 6.950/1981, não pode ser questionado em matéria jurídica neste certame, pois ele se encontra declaradamente incompatível pelo texto da Constituição Federal, do ADCT, e em plena desarmonia com os Princípios Gerais que regem a Constituição e o próprio Direito Tributário.

Como já analisamos, diversas cortes já se pronunciaram na improcedência deste pedido, posição esta corroborada em diversos momentos de análise anterior do próprio STJ, pelos argumentos que a limitação de contribuições a terceiros a vinte salários-mínimos afetaria sobremaneira o número e a qualidade de serviços de interesse social, prestados e mantidos - educação formal, educação profissional, inovação, saúde, segurança e medicina do trabalho, cultura - além de contrariar a letra e espírito da disposição constitucional em seu artigo 240, onde se lê:

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

A Constituição Federal de 1988, artigo 240, atribuiu status constitucional às contribuições devidas aos serviços sociais autônomos que existiam, à época, o SESI, o SENAI, o SESC e o SENAC. E o fez sem qualquer ressalva. Mesmo que, fosse possível considerar aplicável, anteriormente à Constituição de 1988, o teto da Lei nº 6.950, de 1981, artigo 4º e seu parágrafo único, ao SENAI e ao SESI, após a Constituição Federal de 1988 essa norma teria deixado de existir, dada a sua não recepção pelo artigo 240 da citada Constituição Federal de 1988 e pelo sistema previdenciário por esta instituído (CF, artigos 193 e seguintes).

O art. 4º e seu parágrafo único, da Lei nº 6.950, de 1981, foram revogados pelo DL. 2.318, de 1986, conforme explanado ao longo deste estudo. Ainda que assim não fosse, a norma instituidora do teto não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, que constitucionalizou as contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical” (CF, artigo 240) e inaugurou novo sistema previdenciário (CF, artigos 193 e seguintes), regulamentado pela Lei nº 8.212, de 1991, que revogou a

citada limitação, se se entender, equivocadamente, que citada limitação já não estivesse revogada.

E ainda que o consequentialismo não seja um elemento absoluto de interpretação jurídica, é preciso reconhecer que a interpretação das leis não ocorre no vazio. Não se pode interpretar a norma sem, em alguma medida, levar em consideração os seus efeitos concretos. A interpretação, que fazem alguns, do artigo 4º, da Lei nº 6.950, de 1981, implicaria o enfraquecimento dos serviços sociais autônomos, com a extinção de muitos dos serviços que prestam. Além disso, criaria uma situação pelo menos curiosa. Por exemplo, uma pequena empresa, cuja remuneração total de seus servidores ultrapasse R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), contribuiria para o Sesi e para o Senai com o mesmo valor de grandes empresas, bancos, mineradoras etc. O consequentialismo se presta, pois, a evitar que as normas produzam resultados absurdos. Vale enfatizar: a interpretação pretendida equivocadamente por alguns contribuintes representaria, virtualmente, na extinção da única fonte de receita do Senai e do Sesi, entidades que prestam serviços de enorme alcance social.

REFERÊNCIAS

BIELSCHOWSKY, Ricardo. Contribuições afetam competitividade das empresas exportadoras. Valor Econômico, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/03/12/contribuicoes-afetam-competitividade-das-empresas-exportadoras.ghtml>. Acesso em: 06 de abril de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.318, de 30 de dezembro de 1986. Altera dispositivos da Lei no 6.950, de 4 de novembro de 1981, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2318.htm. Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 6.950, de 4 de novembro de 1981. Dispõe sobre a contribuição sindical devida aos sindicatos representativos das categorias profissionais, a que se refere o art. 578 da Consolidação das Leis do Trabalho, altera dispositivos das Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, e 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6950.htm. Acesso em: 6 abr. 2023

BRASIL. Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8029.htm. Acesso em: 01 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 28 mar. 202

BRASIL. Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social -

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.799/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 25 jun. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+AND+1799%2ENUME%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y59x93ad>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1312289/RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 26 mar. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1328717&num_registro=201201106838&data=20130415&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1502936/RS. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 25 ago. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=45474322&num_registro=201402944865&data=20150904&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1559991/SP. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgado em: 23 fev. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=55118202&num_registro=201501194694&data=20160229&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1647052/SP. Relator: Ministro Francisco Falcão. Julgado em: 25 abr. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=61435257&num_registro=201600855402&data=20170428&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 mar.

CARVALHO, Edvaldo. Contribuições: regras, cálculo e pagamento. *Jornal Contábil*, 02 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/contribuicoes-regras-calculo-e-pagamento/>. Acesso em: 06 de abril de 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. Cresce a arrecadação do Sistema S que não passa por controle do fisco. 2017. disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1901639-cresce-arrecadacao-do-sistema-s-que-nao-passa-por-controle-do-fisco.shtml>. Acesso em: 16 de junho de 2023.

INFOMONEY. O “Sistema S” diminui salários, causa desemprego e desperdiça dinheiro público. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/jogo-das-regras/o-sistema-s-diminui-salarios-causa-desemprego-e-desperdica-dinheiro-publico/>. Acesso em: 16 de junho de 2023.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SANTIAGO, Igor Mauler. Imposto disfarçado? Conheça as armadilhas tributárias das contribuições. *Jornal Valor Econômico*, 26 de agosto de 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/08/26/imposto-disfarçado-conheca-as-armadilhas-tributarias-das-contribuicoes.ghtml>. Acesso em: 06 de abril de 2023.

AGRADECIMENTOS

Eu devo meus agradecimentos especiais a Prof.^a Flávia, por ter me ajudado com a elaboração do presente artigo, e ter me respondido e auxiliado em tempo recorde, a Prof.^a Glauci, por ter desempenhado seu papel como docente responsável da disciplina de Conclusão de Curso. Foram vários anos, para chegar a até a presente data, porém, os últimos tempos tem sido especialmente conturbado, e o momento de enviar o presente artigo responsável por finalizar mais uma etapa na graduação é deveras especial.

Não posso deixar de agradecer a todos os professores que tive contato nesta longa caminhada, os colegas de diversas turmas do que tive contato e pude compartilhar muitos momentos alegres, minha família sempre presente e apoiando por esta estrada, além dos meus amigos, que me ajudaram e ouviram em muitos momentos de abalo e tristeza. Muito obrigado a todos.

Ricardo Elias Hack

A Literatura como um Direito Humano e sua Positivação

Eufrásio Moraes de Freitas Neto

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo apontar os efeitos positivos da literatura no desenvolvimento do ser humano, especialmente no tocante ao aprimoramento pessoal e ao progresso da comunidade. A partir disso, examinar se o acesso a esta arte deve ser incluído no rol de direitos humanos e, caso seja, identificar no arcabouço jurídico pátrio a existência de legislação positivando tal direito.

Palavras-chave: literatura. direitos humanos. legislação.

ABSTRACT

This study aims to point out the positive effects of literature on human development, especially with regard to personal improvement and community progress. From this, examine whether access to this art should be included in the list of human rights and, if so, identify in the national legal framework the existence of legislation positifying such right.

Keywords: literature. human rights. legislation.

INTRODUÇÃO

É possível que, se questionados genericamente se a literatura é importante, os brasileiros responderão, quase que por unanimidade, que sim. Contudo, o Brasil continua sendo um país que pouco lê. Na verdade, dados de 2020 da pesquisa “Retratos da Leitura no Brasil” que serão apresentados neste trabalho revelaram que o número de leitores está diminuindo. Então resta saber porque ainda não conquistamos números mais destacados de leitura.

O primeiro passo para enfrentar essa realidade é tentar delimitar o conceito de literatura, identificar suas raízes históricas e culturais e examinar sua importância. Pretende-se identificar os seus efeitos na vida do leitor para além da mera aquisição de conhecimento factual ou forma de passar o tempo. Ademais, averiguar eventuais efeitos sociais advindos da prática da leitura em benefício da coletividade.

Ato contínuo, apontada a importância da literatura para o indivíduo, caberá analisar se ela pode ser classificada como um direito humano. Para tanto, buscar-se-á conceituar o que é um direito humano e que tipo de bem pode ser alçado à essa condição.



Por fim, pretende-se fazer uma busca na legislação internacional e nacional a fim de identificar a posituação deste pretense direito à literatura no ordenamento jurídico para melhor fundamentar a sua efetivação ou mesmo propor a necessidade de previsão legal para tanto.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi a histórica e monográfica, diante da análise da evolução legislativa sobre o tema, bem como da importância da literatura. Ademais, foram utilizadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

O QUE É LITERATURA E QUAIS SEUS EFEITOS

Ao longo do tempo, o homem sempre sentiu a necessidade de registrar sua história, transmitir ensinamentos, expressar seus sentimentos e obter momentos de simples deleite. A oralidade, inicialmente, foi o meio para narração de grandes acontecimentos, lendas, bem como registro de dados importantes.

Com o advento da escrita e da imprensa, todo esse conhecimento passou a ser consolidado em textos, o que, naturalmente, o tornou mais perene. Um dos grandes exemplos dessa transição da oralidade para escrita é o dos irmãos Grimm. Jacob e Wilhelm Grimm, nascidos na Alemanha, em 1785 e 1786, tiveram contato, durante o curso de Direito, com as histórias da tradição oral do seu país e, a partir de então, decidiram fazer um trabalho de pesquisa e registro de tais contos. Segundo Sandroni (2018, p. 8):

Na universidade, um professor notou a aptidão dos dois para pesquisa e abriu as portas de sua biblioteca. Os irmãos se encantaram pelas obras do romantismo alemão, que venerava as lendas e os mitos populares. Começaram trabalhando como bibliotecários e se tornaram amigos dos escritores Achim von Arnim e Clemens Brentano — também envolvidos com a tradição oral alemão —, que indicaram algumas obras importantes com registros de narrativas da Idade Média, como o livro *Conto dos Contos*, de histórias orais italianas recolhidas por Giambattista Basile, de 1634.

O amor pela língua alemã e pela literatura foi tanto que Jacob e Wilhelm abandonaram o Direito e se tornaram filólogos, estudiosos da gramática, professores universitários e pesquisadores do conto popular. Eles colecionaram muito material impresso até, finalmente, passarem para as fontes orais. Reuniam-se com amigos, e cada um contava histórias que ouviam na infância. Alguns empregados também colaboraram com mais contos, como é o caso de Katarina Dorothea Viehmann, camponesa, que narrou 37 contos e foi homenageada na introdução do livro *Contos de Fada para o Lar e as Crianças*, de 1815.¹

Outro exemplo desse trabalho de compilação da tradição oral foi o de Homero. A história da chamada Guerra de Troia, segundo Domingues (2017, p. 1), “foi transmitida oralmente de geração a geração durante séculos até ser eternizada em versos no século IX ou VIII a.C. nas monumentais *Ilíada* (de ‘Ilion’) e *Odisseia* (de ‘Odisseu’)”, obras que estão na base do pensamento ocidental e que foram eternizadas pelo mencionado autor.

Por esse motivo, ainda que a definição de literatura seja tormentosa e esteja ligada à escrita (a palavra literatura vem do latim “litteris” que significa “letras”), não há como deixar de analisá-la sob o aspecto mais amplo, o da manifestação da palavra, ainda que

¹ GRIMM, Wilhelm; GRIMM, Jacob. *Os 77 melhores contos de Grimm: volume 1*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. p. 8.

² DOMINGUES, Joelza. *Ilíada e Odisseia: 27 mil versos que atravessaram milênios*. Disponível em <<https://ensinarhistoria.com.br/iliada-e-odisseia-27-mil-versos-que-atravessaram-milenios/>>. Acesso em 18.05.2023.

não escrita, desde que ligadas ao aspecto artístico. A literatura, mesmo pretendendo instruir em alguma medida, o faz preocupada com a beleza da forma, aplicando frequentemente a palavra em sentido diverso do literal. É nesta linha que Cândido (2011, p. 176) baliza seu conceito:

Chamarei de literatura, da maneira mais ampla possível, todas as criações de toque poético, ficcional ou dramático em todos os níveis de uma sociedade, em todos os tipos de cultura, desde o que chamamos de folclore, lenda, chiste, até as formas mais complexas e difíceis da produção escrita das grandes civilizações³.

Essa diferenciação inclusive tem repercussão quando, no seguir do presente trabalho, a literatura for analisada como um possível direito humano. O direito ao letramento é algo inquestionável, tanto que a erradicação do analfabetismo inclusive está insculpida na Constituição Federal com um dos objetivos que conduz o plano nacional de educação (Art. 214, I, CF), pois não há como exercer plenamente a cidadania sem ser capaz de ler e escrever e, por este meio, se comunicar. Porém, o letramento é apenas uma das expressões da linguagem. Segundo Frye (2017, p. 31), o uso da linguagem se manifesta de três formas: consciencial, prática e imaginativa:

Defendi que havia três principais comportamentos: em primeiro lugar, um estado de consciência ou percepção que nos separa, enquanto indivíduos, do resto do mundo; em segundo, a atitude prática de criar um modo humano de viver nesse mundo; por último, um agir imaginativo, uma visão ou modelo do mundo tal como poderíamos imaginá-lo ou gostaríamos que ele fosse. Disse que há uma linguagem para cada comportamento (...) a linguagem da conversa corriqueira, a das habilidades práticas e a da literatura.⁴

Portanto, o conceito que aqui se dá ao termo literatura é esta derradeira manifestação da linguagem, a do “agir imaginativo”. Embora pareça uma limitação, o que se destaca é realmente a ausência de limites ao imaginário, é a capacidade de olhar para o mundo e ir além do factual. O poeta nordestino Patativa do Assaré, do seu modo sertanejo, bem define a produção literária: “pra toda parte que eu oio / vejo um verso se buli”⁵.

Estabelecido o aspecto conceitual, nos cabe analisar os efeitos da literatura na vida do leitor e da coletividade. Inicialmente, um efeito positivo da leitura deste tipo de obra está em conseguir acessar visões diferentes de mundo e outros modos de viver. Uma menina, ainda que residindo num rincão do Brasil, pode, por exemplo, tomar conhecimento das dificuldades para mulher afegã ter acesso à educação ao ler “Eu Sou Malala”, a autobiografia de Malala Yousafzai⁶.

Ademais, isso, por consequência gera empatia. Em um momento em que as pessoas têm revelado pouca tolerância a opiniões diversas das suas, a literatura pode ser a ponte que permite não só ouvir argumentos, mas viver, através da imaginação, a experiência do outro.

Por outro lado, a literatura pode servir de fonte de inspiração para o leitor. No exemplo dado acima, a jovem que leu a história de Malala também pode se inspirar para

3 CANDIDO, Antônio. *Vários Escritos*. 5ª ed. reorg. pelo autor. Rio de Janeiro: Ouro sobre azul, 2011. p. 176.

4 FRYE, Northrop. *A Imaginação Educada*. Tradução de Adriel Teixeira, Bruno Gerardine e Cristiano Gomes. Campinas: Vide Editorial, 2017. p. 31.

5 ASSARÉ, Patativa do. *Cante Lá Que Eu Canto Cá*. Disponível em <<https://www.letras.mus.br/patativa-do-assare/1072883/>>. Acesso em 19.05.2023.

6 YOUSAFZAI, Malala; LAMB, Christina. *Eu sou Malala: a história da garota que defendeu o direito à educação e foi baleada pelo Talibã*. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

buscar o seu desenvolvimento intelectual, porque se a jovem afegã, mesmo sofrendo um atentado do Talibã, não desistiu, que dirá ela que, embora não more em um grande centro urbano, não possui dificuldade tão grande para acessar a sala de aula. E, se o ensino não é dos melhores, pode ela liderar um movimento por avanço na educação de sua comunidade.

Além disso, a literatura clássica trata de aspectos universais do ser humano. Personagens vivem nas páginas dos livros as agruras e alegrias comuns à vida cotidiana. Ao ler *Otelo*, de William Shakespeare, o indivíduo pode ter contato com os efeitos devastadores da inveja, do ciúme e da desconfiança. A história do mouro de Veneza é capaz de se tornar um antídoto caso estes sentimentos negativos algum dia queiram se manifestar no leitor ou caso esteja diante de algum “Iago”, o vilão perverso e maquiavélico da obra⁷.

Ademais, nota-se que a literatura pode ser instrumento para manutenção da saúde mental. Não são poucos os autores que aproximaram a psicanálise da literatura. Analisando essa interdisciplinaridade, França (2014, p. 263) afirma que

Se é bem verdade que a maioria esmagadora dos estudos que aproximam a literatura da psicanálise não parte especificamente dos textos nos quais o próprio Freud trata diretamente de temas relacionados à arte, todos eles, lançando mão de concepções, conceitos e derivações do pensamento freudiano, insistem na tarefa de mostrar a psicanálise não apenas como uma valiosa ferramenta interpretativa de textos ficcionais, mas também como um saber capaz de ler subjetivamente a inserção da literatura na cultura, problematizando sua relação com o autor, com o leitor, com movimentos sociais, culturais e com as novas, antigas e possíveis formas de subjetivações. É difícil, por isso, imaginarmos, por exemplo, algum manual de teoria da literatura que se proponha a passar por todas as vertentes do estudo literário e que não aponte a psicanálise como possibilidade teórica ou crítica. Lembremo-nos dos trabalhos de Jaean-Yves Tadié, Terry Eagleton, Antonie Compagnon e René Wellek. Todos eles não apenas citam, mas reconhecem a psicanálise como fazendo parte do hall de saberes que influenciaram o estudo da literatura ao longo dos séculos XX e XXI.⁸

Inclusive, a literatura é vista não só como meio para saber enfrentar os problemas atuais do adulto, mas também como verdadeiro método de prevenção ainda na infância. Bettelheim (2021, p. 12) afirma que, embora os contos de fadas tenham sido criados bem antes da sociedade de massa, eles continuando guiando as crianças para bem interpretarem os dilemas humanos, que são atemporais

Por meio deles pode-se aprender mais sobre os problemas íntimos dos seres humanos e sobre as soluções corretas para suas dificuldades em qualquer sociedade do que com qualquer outro tipo de história compreensível por uma criança. Como a criança está exposta a cada momento a sociedade em que vive, certamente aprender a enfrentar suas condições, desde que seus recursos íntimos e possibilita em fazê-lo.⁹

Cumprido destacar ainda que, até mesmo a literatura sem grande fundo moral, aquela feita unicamente com o objetivo de entreter, contribui para uma espécie de escapismo saudável. O indivíduo, cansado de uma realidade de rejeição, adversidade e rispidez, pode encontrar em histórias de dragões, fadas e cavalaria, por exemplo, algum momento de satisfação. Este proceder, se comparado à fuga para as drogas e outros comportamentos autodestrutivos, chega a ser bem-vinda.

7 SHAKESPEARE, William. *Otelo*. Porto Alegre: L&PM, 2017.

8 FRANÇA, E. M. *Psicanálise e literatura: Fundação e função*. *Remate de Males*, Campinas, v. 34, n. 1, p. 263-282, 2014. Disponível em <<https://doi.org/10.20396/remate.v34i1.8635846>>. Acesso em 29.05.2023.

9 BETTELEHEIM, Bruno. *A Psicanálise dos Contos de Fadas*. 41ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 12.

Por fim, a literatura pode servir como despertar para a necessidade de mudança da realidade da comunidade. Cândido (2011, p. 186) afirma que, por exemplo, o surgimento de personagens pobres no período do Romantismo tratados com dignidade expressa “os direitos humanos através da literatura” e, dessa forma, “a literatura pode incutir em cada um de nós o sentimento de urgência de tais problemas”¹⁰.

Um exemplo dessa perspectiva pode ser visto na obra “O Homem Mais Rico da Babilônia”, de George S. Clason, em que o rei Sargon, intrigado porque “os trabalhadores estão desempregados. Os comerciantes contando com poucos fregueses. Os fazendeiros não conseguem entender suas colheitas. O povo em geral não tem dinheiro para comprar comida”¹¹, decide investigar os meios para fazê-los prosperar. Ao ler a referida obra, há grande chance do leitor examinar a realidade de sua comunidade e buscar aplicar os conselhos do livro com o fim de torna-la tão próspera quanto aquela civilização, pois a “as riquezas da Babilônia foram resultado da sabedoria de seu povo”¹².

Outros efeitos importantes da literatura poderiam ser abordados, a exemplo da complementação ao conteúdo educacional formal, mas, a bem da objetividade, o que foi até aqui exposto é suficiente.

Delimitado o que é literatura e identificados seus benefícios, cumpre analisar se ela pode ser considerada um direito humano.

A LITERATURA É UM DIREITO HUMANO?

Quando se fala em direitos humanos há também o desafio conceitual, pois não é tarefa fácil decidir quais necessidades são consideradas indispensáveis ao ponto de ser incluída neste conceito. O Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas apresenta a seguinte definição

Direitos humanos são direitos que temos simplesmente porque existimos como seres humanos - eles não são concedidos por nenhum estado. Esses direitos universais são inerentes a todos nós, independentemente de nacionalidade, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, idioma ou qualquer outra condição. Eles vão desde os mais fundamentais - o direito à vida - até aqueles que fazem a vida valer a pena, como os direitos à alimentação, educação, trabalho, saúde e liberdade.¹³

Este conceito se revela adequado por não restringir os direitos humanos às necessidades mais básicas capazes de garantir unicamente uma sobrevivida. Falar nos direitos que “fazem a vida valer a pena” torna fundamental o exame sobre o que permite o ser humano viver com qualidade. Isto faz lembrar a música “Comida”, de autoria de Arnaldo Antunes, Marcelo Fromer e Sergio Brito, interpretada pela banda Titãs, que fez que “a gente não quer só comida / A gente quer comida, diversão e arte. / (...) A gente não quer só comida. / A gente quer a vida como a vida quer”.

Por sua vez, Cândido (2011, p. 174) afirma que “pensar em direitos humanos tem um pressuposto: reconhecer que aquilo que consideramos indispensável para nós é

¹⁰ CANDIDO, *op. cit.*, p. 186.

¹¹ CLASON, George S., *O Homem Mais Rico da Babilônia*. 1. ed. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2017. p. 37.

¹² CLASON, *op. cit.*, p. 37.

¹³ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *O que são direitos humanos? Disponível em < <https://www.ohchr.org/en/what-are-human-rights>>. Acesso em 30.05.2023.*

também indispensável para o próximo”¹⁴. Diante disto, resta saber se a literatura pode ser compreendida como direito humano. Para tanto, é necessário verificar se ela é indispensável para “fazem a vida valer a pena”. Ainda no dizer de Cândido (2011, p. 174), ao escrever sobre a possibilidade da fruição da arte e da literatura como direito humano

A resposta só pode ser dada se pudermos responder uma questão prévia, isto é, elas só poderão ser consideradas bem incompreensíveis segundo uma organização justa da sociedade se corresponderem a necessidades profundas do ser humano, a necessidade que não podemos deixar de ser satisfeitas sob pena de desorganização pessoal, ou pelo menos de frustração mutiladora. A nossa questão básica, portanto, é saber se a literatura é uma necessidade deste tipo.¹⁵

Neste ponto entram as considerações feitas no capítulo anterior sobre os efeitos positivos da literatura. Através dessa manifestação artística, a humanidade, ao longo das eras, transmitiu seu legado, suas experiências e tradições, além de encontrar na literatura fonte perene para ordenar seu íntimo e, por consequência, ordenar o mundo a sua volta.

Além disso, a própria literatura pode ser um meio para a educação em direitos, alertando para violações de direitos humanos por meio da narração de histórias que, ainda que ficcionais, expõem verdades inconvenientes da sociedade. A já mencionada obra *Otelo*, por exemplo, sem se dispor a ser panfletária, é reveladora do preconceito racial quando aponta o tratamento pejorativo que o protagonista recebe de outros personagens em razão da cor da sua pele para desmerecer sua capacidade de liderança e posição social.

Portanto, uma vez constatada a importância da literatura para o pleno desenvolvimento do ser humano e identificado o aspecto abrangente do conceito de direitos humanos, resta evidenciado que sim, a literatura é um direito humano.

Diante de tal conclusão, cabe examinar a positivação desse direito na legislação supranacional e no ordenamento pátrio.

O DIREITO À LITERATURA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Sendo, portanto, a literatura um direito humano, resta apreciar sua conversão em direito fundamental. Isto porque, no conceito de Comparado Neto (2019, p. RB-7.1.), que é compartilhado por significativa parte da doutrina, direitos fundamentais são

os Direitos Humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional: são os Direitos Humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.¹⁶

Inicialmente, nota-se que, no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento aprovado em 1948, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, estabelece, em seu artigo 27, inciso I, que “toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”¹⁷.

¹⁴ CANDIDO, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵ CANDIDO, *op. cit.*, p. 174.

¹⁶ NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. RB-7.1. [livro eletrônico].

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>>. Acesso em 14.06.2023.

Portanto, neste direito de participar da vida cultural da comunidade e de fruir as artes está inserida a literatura. A expressão “comunidade” não se limita ao bairro ou cidade onde reside o indivíduo, tendo em vista que a elaboração da DUDH decorreu da necessidade de implantar um sentimento comunitário transnacional, diante dos horrores da 2ª Guerra Mundial. Então, por exemplo, ter acesso à literatura clássica russa está inserido no direito à literatura conferido a um brasileiro.

Internamente, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 23, inciso V, o dever de todos os entes federativos – municípios, estados e União – de proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação.

Em seguida, ainda que destacando especialmente a promoção da cultura nacional, em seu artigo 215, determina que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Além disso, no artigo 216, estabelece o que constitui o patrimônio cultural nacional, incluindo criações e obras artísticas materiais e imateriais:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988)

Uma vez definido o patrimônio cultural brasileiro, os parágrafos do referido dispositivo tratam do dever de conservação, promoção, acesso e incentivo à produção de tais obras. Especialmente o parágrafo 3º estabelece que “a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”.

Neste conceito impossível não incluir a produção literária como criação ou obra artística merecedora dessa especial atenção e proteção. O texto constitucional brasileiro sofre críticas por descer a minúcias em vários temas. A Constituição tornar-se-ia ainda mais prolixa se pormenorizasse cada uma das manifestações artísticas dignas de serem consideradas patrimônio cultural, mas é inegável que a literatura está incluída neste rol.

Para confirmar essa clara intenção do constituinte de promover o acesso à leitura e à produção literária basta retroceder aos artigos que tratam do Sistema Tributário Nacional. Ao fixar as limitações do poder de tributar, o artigo 150, V, d, estabelece que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão” (destaque nosso).

Confirmado o patamar constitucional do direito à literatura no Brasil, também é importante traçar um panorama da legislação infraconstitucional sobre o tema.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) destaca a importância da leitura para promoção da plena educação. A mencionada lei fixa como garantia do educando a “capacitação gradual para a leitura ao longo da educação básica como requisitos indispensáveis para a efetivação dos direitos e objetivos de aprendizagem e para o desenvolvimento dos indivíduos” (art. 4º, XI). Ademais, estabelece como formação básica do cidadão “o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo” (art. 32, I).

Contudo, a legislação que aponta de maneira expressa o direito à literatura é a Lei nº. 13.696/2018, que instituiu “a Política Nacional de Leitura e Escrita como estratégia permanente para promover o livro, a leitura, a escrita, a literatura e as bibliotecas de acesso público no Brasil” (art. 1º). A mencionada Política, conforme artigo 2º, tem, entre outras, as seguintes diretrizes

I - a universalização do **direito** ao acesso ao livro, à leitura, à escrita, à **literatura** e às bibliotecas; II - o **reconhecimento da leitura e da escrita como um direito**, a fim de possibilitar a todos, inclusive por meio de políticas de estímulo à leitura, as condições para exercer plenamente a cidadania, para viver uma vida digna e para contribuir com a construção de uma sociedade mais justa; (destaque nosso)

Esta legislação é fruto de um trabalho acumulado desde 2003, quando foi instituído o Plano Nacional do Livro e Leitura (PNLL), no âmbito dos Ministérios da Educação e do Turismo, com o objetivo de ouvir todos os envolvidos nas cadeias relacionados à leitura e traçar “diretrizes básicas para assegurar a democratização do acesso ao livro, o fomento e a valorização da leitura e o fortalecimento da cadeia produtiva do livro”¹⁸.

Com a experiência advinda da execução do PNLL, o conselho do referido Plano viu a necessidade de previsão legal do direito à literatura e dos demais princípios relacionados à leitura. Cunha (2018, p. 562) explica

A proposta inicial do projeto de lei remonta à uma sugestão do conselho do Plano Nacional do Livro e Leitura (PNLL), presidido, à época, por José Castilho Marques Neto. A proposta buscou fortalecer o Sistema Nacional de Bibliotecas Públicas (SNBP), no âmbito do Sistema Nacional de Cultura (SNC), promovendo ainda as demais políticas de estímulo à leitura, ao conhecimento, às tecnologias e ao desenvolvimento educacional, cultural e social do país. A proposta foi apresentada em 2016, à senadora Fátima Bezerra (PT/RN), autora do projeto do qual se originou a lei (POLÍTICA, 2017). A nova norma legal também é conhecida como “Lei Castilho”, por ter sido apresentada por José Castilho Marques Neto.¹⁹

Portanto, nota-se que o ordenamento jurídico pátrio possui previsão expressa garantindo ao cidadão o direito à literatura desde 2018, inclusive com bases constitucionais construídas já pelo constituinte originário. Contudo, o que se tem percebido é um decréscimo do número de leitores. A pesquisa quadrienal “Retratos da Leitura no Brasil” revelou que, entre 2015 para 2019, a porcentagem de leitores no Brasil caiu de 56% para 52%, o que corresponde a 4,6 milhões de leitores a menos²⁰.

Portanto, o próximo avanço que o país precisa é criar mecanismos para efetivar a mencionada legislação. Não são poucas as normas brasileiras que são consideradas “letras mortas” por estarem distante de promover qualquer mudança na realidade dos cidadãos e o grande desafio é fazer com que isto não aconteça com o já positivado direito à literatura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A literatura, em um sentido amplo, é manifestação da palavra atentando para a beleza da forma. Para além de um meio de obtenção de informações, ela é um registro do

18 BRASIL. Ministério do Turismo. Plano Nacional do Livro e Leitura. Disponível em <<https://www.gov.br/turismo/pt-br/secretaria-especial-da-cultura/assuntos/pnll>> Acesso em 10.06.2023.

19 CUNHA, Murilo Bastos da. A nova lei brasileira sobre o livro, a leitura, a escrita, a literatura e as bibliotecas públicas. 2018, p. 562. Disponível em <<https://periodicos.unb.br/index.php/RICI/article/view/10532/9634>>. Acesso em 10.06.2023.

20 PLATAFORMA PRÓ-LIVROS. Retratos da Leitura no Brasil. Disponível em <<http://plataforma.prolivro.org.br/retratos.php>>. Acesso em 10.06.2023.

conhecimento acumulado da humanidade que inicialmente se transmitiu de forma oral e, gradativamente, foi convertido em escrita.

Quanto à sua importância, constatou-se que os efeitos do acesso à literatura se espraiam pelo âmbito individual e coletivo. O leitor amplia sua compreensão, acessando visões diferentes de mundo e outros modos de viver e, por consequência, se torna mais empático; recebe incentivo para transformar sua realidade e de sua comunidade; passa a conhecer melhor a si quando acessa os aspectos psíquicos dos personagens; e pode ocupar positivamente o tempo, diante da sua dura realidade.

Considerando que o Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas define direitos humanos desde os mais fundamentais até os que “fazem a vida valer à pena”, constatou-se que a literatura, diante de todos os seus efeitos positivos, é um direito humano. Além disso, ela pode servir como instrumento para divulgação e efetivação destes direitos.

Por fim, após análise da legislação nacional e internacional, notou-se que o direito à literatura encontra previsão em diplomas situados em vários graus hierárquicos das normas – Declaração Universal do Direitos Humanos (DUDH), Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional. Contudo, diante da redução dos números de leitores no Brasil nos últimos anos, percebeu-se que a positivação de tal direito não é, por si, um indutor de seu gozo pelos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ASSARÉ, Patativa do. Cante Lá Que Eu Canto Cá. Disponível em <<https://www.lettras.mus.br/patativa-do-assare/1072883/>>. Acesso em 19.05.2023.

BETTELEHEIM, Bruno. A Psicanálise dos Contos de Fadas. 41ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 29.06.2023.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Lei nº 13.696, de 12 de julho de 2018. Institui a Política Nacional de Leitura e Escrita. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13696.htm>. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Ministério do Turismo. Plano Nacional do Livro e Leitura. Disponível em <<https://www.gov.br/turismo/pt-br/secretaria-especial-da-cultura/assuntos/pnll>> Acesso em 10.06.2023.

CANDIDO, Antônio. Vários Escritos. 5ª ed. roer. pelo autor. Rio de Janeiro: Ouro sobre azul, 2011.

CUNHA, Murilo Bastos da. A nova lei brasileira sobre o livro, a leitura, a escrita, a literatura e as bibliotecas públicas. Disponível em <<https://periodicos.unb.br/index.php/RICl/article/view/10532/9634>>. Acesso em 10.06.2023.

DOMINGUES, Joelza. *Íliada e Odisseia: 27 mil versos que atravessaram milênios*. Disponível em <<https://ensinarhistoria.com.br/iliada-e-odisseia-27-mil-versos-que-atravesaram-milenios/>>. Acesso em 18.05.2023.

FRANÇA, E. M. *Psicanálise e literatura: Fundação e função*. Remate de Males, Campinas, v. 34, n. 1, p. 263-282, 2014. Disponível em <<https://doi.org/10.20396/remate.v34i1.8635846>>. Acesso em 29.05.2023.

FRYE, Northrop. *A Imaginação Educada*. Tradução de Adriel Teixeira, Bruno Geraidine e Cristiano Gomes. Campinas: Vide Editorial, 2017.

NETO, José. *Direito internacional público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>>. Acesso em 14.06.2023.

PLATAFORMA PRÓ-LIVROS. *Retratos da Leitura no Brasil*. Disponível em <<http://plataforma.prolivro.org.br/retratos.php>>. Acesso em 10.06.2023.

SHAKESPEARE, William. *Otelo*. Porto Alegre: L&PM, 2017.

YOUSAFZAI, Malala; LAMB, Christina. *Eu sou Malala: a história da garota que defendeu o direito à educação e foi baleada pelo Talibã*. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *O que são direitos humanos?* Disponível em <<https://www.ohchr.org/en/what-are-human-rights>>. Acesso em 30.05.2023.

Impenhorabilidade de salários: tensões entre legislação, doutrina e jurisprudência

André Espíndola Moura

Defensor Público do Estado do Acre, Graduado em Direito pela UNIFOR – Universidade de Fortaleza (ano 2010), pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNIDERP – Anhanguera (ano 2013)

RESUMO

O presente estudo objetivo aferir o tratamento dado à impenhorabilidade salarial em âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial. Analisam-se os dispositivos do Código de Processo Civil que regem o tema, bem como as exceções existentes na própria lei. Posteriormente, abordam-se as divergências e críticas doutrinárias a respeito da regra da impenhorabilidade remuneratória. Em seguida, explanam-se os argumentos fático-jurídicos judiciais utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para flexibilizar, para além das hipóteses, legais, a regra da impenhorabilidade de verba salarial estabelecida pelo legislador infraconstitucional.

Palavras-chave: direito processual civil. impenhorabilidade de salário. flexibilização de regras legalmente estabelecidas.

ABSTRACT

This study aims to assess the treatment given to wage unseizability in the legislative, doctrinal and jurisprudential scope. It analyzes the provisions of the code of civil procedure that rule the subject, as well as the existing exceptions in the law itself. Subsequently, the divergences and doctrinal criticisms regarding the rule of remunerative unseizability are addressed. Next, the factual and legal arguments used by the Superior Court of Justice to make the rule of non-seizability of salaries established by the infraconstitutional legislator more flexible are explained.

Keywords: civil procedural law. salary ineligibility. flexibilization of legally established rules.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade marcada pela possibilidade de rápida celebração de negócios jurídicos, a população é estimulada a firmar contratos a todo tempo, sendo que, na maioria das vezes, a ferramenta para entabular um ajuste negocial de compra e venda está nas mãos do interessado, isto é, apenas alguns toques na tela do celular já geram uma relação obrigacional entre duas partes.



Na ampla maioria das oportunidades, os contratos são fielmente cumpridos por ambos os contratantes. No entanto, em diversas ocasiões, o fornecedor de produtos ou serviços adimpe a sua parte no negócio, ao passo que o consumidor, voluntária ou involuntariamente, escusa-se de efetuar a contraprestação correlata. Exsurge desse conflito de interesses, a possibilidade de o contratante prejudicado ajuizar uma ação com o intuito de obter o bem da vida a si devido, que, via de regra, traduz-se em dinheiro.

Após todo um desenrolar processual visando o reconhecimento do direito por si arguido, chamada fase de conhecimento, o fornecedor prejudicado provavelmente receberá uma decisão judicial que determinará que o consumidor proceda ao pagamento de determinada quantia em dinheiro. Diz-se ser provável a obtenção de tal provimento jurisdicional, pois, no curso do processo judicial, há possibilidade de reconhecimento de prescrição na cobrança da dívida ou outros argumentos como pedidos reconventionais que gerem a extinção do direito autoral. No entanto, neste estudo, presume-se que houve vitória judicial por parte do autor da ação.

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, o consumidor inadimplente é instado a proceder ao pagamento da dívida judicialmente reconhecida, devendo efetuar tal pagamento em determinado prazo, sob pena de incidência de multa e juros. Efetivado o pagamento, o processo é extinto pela satisfação da dívida. Entretanto, há situações em que o executado se queda inerte, afigurando-se imprescindível a adoção de métodos de coerção diretos e indiretos para que a obrigação de pagar seja plenamente satisfeita. É, nesse momento, que se pode falar da penhora, a qual consiste em método de expropriação de bens do devedor para fins de garantir o pagamento devido ao credor.

Ocorre que nem todos os bens do devedor são passíveis de penhora, pois o legislador infraconstitucional elencou um extenso rol de bens que são classificados como impenhoráveis. Entre as diversas hipóteses previstas no Código de Processo Civil, há a impenhorabilidade de salários, regra sobre a qual este artigo aprofundará a análise para compreender os termos expostos na legislação de regência, o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, bem como as críticas e elogios feitos pela doutrina a tal entendimento. Por fim, será exposto a possibilidade de penhora salarial regulamentada em legislação estrangeira. Para tanto, este artigo fundamentou-se em análise documental e jurisprudencial, bem como em pesquisa bibliográfica.

PREVISÃO LEGAL DA IMPENHORABILIDADE SALARIAL NO CPC/2015

Ao iniciar as disposições acerca da responsabilidade patrimonial, o legislador informa que *“O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.”* (Art. 789, Código de Processo Civil). Ou seja, desde o início, informa-se que, a despeito de ter obrigação de adimplir a dívida com o patrimônio que possui, nem todos os bens do executado poderão sofrer atos de expropriação judicial.

Objetivando, então, a preservação do mínimo existencial, o legislador infraconstitucional estipulou um extenso rol de bens considerados impenhoráveis. Por conveniente à explicação adiante realizada, colaciona-se o artigo do Código de Processo Civil de 2015 que regra o tema:

Art. 833. São impenhoráveis:

I - Os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - Os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - Os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - Os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - Os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - O seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - Os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - A quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - Os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - Os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. ”

Como se pode constatar, no âmbito do processo civil, as disposições legais referentes à impenhorabilidade de bens têm direta relação com a preocupação do legislador em preservar um patrimônio mínimo do executado, estando estreitamente relacionando com o postulado da dignidade da pessoa humana.

A impossibilidade legal de penhorar determinados bens revela uma clara tentativa de humanização da execução. A opção legislativa de que certos bens móveis e imóveis não poderão sofrer constrição judicial é uma nítida proteção da figura do executado. Ou seja, o legislador, para fins de preservar o mínimo existencial do devedor, coloca-o em posição de superioridade em relação ao direito do credor de exigir o pagamento de seu crédito a qualquer custo.

Como predito em momento anterior, o presente artigo objetiva aprofundar o estudo específico do inciso IV do art. 833, Código de Processo Civil. Isto é, analisar-se-á o tratamento dado à impenhorabilidade das verbas de natureza remuneratória, tais como salários, vencimentos, aposentadorias, pensões, montepios e outros. Ainda que tenham descrições diversas, em síntese, todas essas verbas destinam-se a remunerar o trabalho e objetivam conferir substrato financeiro para o sustento de seu beneficiário.

Ocorre que o mesmo legislador que previu ser regra a impenhorabilidade de verbas de natureza salarial para pagamento de dívidas também estipulou ser possível a sua penhora em determinados casos específicos e previstos em lei. Por oportuno, transcreve-se, adiante, as exceções legais dispostas no Código de Processo Civil:

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

Assim, evidencia-se ser possível superar a regra da impenhorabilidade de salários em duas hipóteses legalmente estabelecidas, a saber: I – pagamento de prestação alimentícia; e II – remuneração superior a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, na parte que ultrapassar tal piso. Válido informar que, ao analisar o Código de Processo Civil ou a legislação esparsa, não é possível encontrar outras hipóteses de superação da regra da impenhorabilidade de salários.

Em âmbito doutrinário, é difícil encontrar entendimento no sentido de que o legislador tratou o tema de maneira adequada, pois acertou nas previsões de superação da impenhorabilidade – pensão alimentícia e penhora de altos salários, mas, especificamente no que concerne à penhora das vultosas remunerações, assim o fez de forma a atingir parcela da população que revela menos de 1% (um por cento) da população brasileira¹. Acaba, por conseguinte, sendo uma exceção de pouquíssima aplicabilidade no cotidiano do judiciário.

POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No dia-a-dia forense é comum se deparar com processos executivos cíveis que externam o jargão popular do “ganhou, mas não levou”. Isto é, não raras vezes, há uma verdadeira crise de efetividade no processo civil, pois, ainda que o vencedor na ação tenha obtido um provimento jurisdicional favorável, esta mesma parte tem severas dificuldades em obter o bem da vida pretendido.

Muitas vezes, a dificuldade de receber o objeto previsto no comando sentencial advém exatamente do fato de que a legislação estipulou um rol de bens impenhoráveis que acaba favorecendo excessivamente o devedor em detrimento do credor.

Especificamente no que concerne às condenações em dinheiro, a não ser que o devedor tenha vultosas quantias depositadas em dinheiro na conta bancária ou, ainda, perceba altíssimos salários, o credor certamente terá dificuldades em receber a quantia financeira que lhe é devida.

A legislação de regência preserva as quantias depositadas em conta poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, ex vi do art. 833, X, Código de Processo Civil, tendo o Superior Tribunal de Justiça elástico tal proteção também para as quantias dispostas em conta corrente ou aplicações financeiras, desde que ostentem natureza de reserva financeira².

¹ Disponível em: < <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2023/05/11/1percent-mais-ricos-do-brasil-recebe-325-vezes-o-valor-dos-50percent-mais-pobres.ghtml> >, acesso em 21.06.2023.

² STJ, 1ª Turma, Relator: Ministro Gurgel de Faria, AgInt no AREsp 2258716 / PR, Julgamento: 15.05.2023, Publicação:

Há, também, a proteção dada aos rendimentos decorrentes do labor, havendo possibilidade legal de penhora somente com relação aos altíssimos salários, pois a Lei Adjetiva Civil apenas excetua a impenhorabilidade desse tipo de verba quando a remuneração ultrapassar 50 (cinquenta) salários mínimos e, ainda assim, unicamente poderá ocorrer a constrição judicial no que exceder tal piso salarial. Nesse ponto, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento no sentido de flexibilizar a regra da impenhorabilidade. Explica-se.

Após certa divergência entre suas turmas, o Tribunal da Cidadania pacificou o entendimento no sentido de que, ainda que se trate de execução de dívida de natureza não alimentar, é possível que o devedor sofra a penhora de salários de qualquer valor, desde que seja respeitada uma quantia que preserve a sua dignidade e de sua família. Colaciona-se, a seguir, o julgado que sedimentou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. PERCENTUAL DE VERBA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE (ART. 833, IV e § 2º, CPC/2015). RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL.

1. O CPC de 2015 trata a impenhorabilidade como relativa, podendo ser mitigada à luz de um julgamento princípio lógico, mediante a ponderação dos princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, ambos informados pela dignidade da pessoa humana.

2. Admite-se a relativização da regra da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial, independentemente da natureza da dívida a ser paga e do valor recebido pelo devedor, condicionada, apenas, a que a medida constritiva não comprometa a subsistência digna do devedor e de sua família.

3. Essa relativização reveste-se de caráter excepcional e só deve ser feita quando restarem inviabilizados outros meios executórios que possam garantir a efetividade da execução e desde que avaliado concretamente o impacto da constrição na subsistência digna do devedor e de seus familiares.

4. Ao permitir, como regra geral, a mitigação da impenhorabilidade quando o devedor receber valores que excedam a 50 salários mínimos, o § 2º do art. 833 do CPC não proíbe que haja ponderação da regra nas hipóteses de não excederem (EDcl nos EREsp n. 1.518.169/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 24.5.2019).

5. Embargos de divergência conhecidos e providos.

(STJ, Corte Especial, Relator: Ministro João Otávio de Noronha EREsp n. 1.874.222/DF, Julgamento: 19.04.2023, Publicação: DJe 24.05.2023)

Pode-se dizer, então, que tal entendimento inaugura uma terceira exceção não prevista em lei. Como predito acima, o Código de Processo Civil expressamente permite superar a regra da impenhorabilidade de salários em duas situações, quais sejam, penhora de verbas de natureza salarial para pagamento de prestação alimentar e penhora sobre o montante que ultrapassar 50 (cinquenta) salários mínimos. Há, a partir de então, uma terceira exceção, que é a penhora de salário para adimplemento de dívida não alimentícia, desde que o valor constrito não atinja o necessário para manutenção da subsistência digna do executado e de seu núcleo familiar.

DJe 19.05.2023; STJ, 4ª Turma, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, AgInt no AREsp 2139117 / SC, Julgamento: 15.05.2023, Publicação: DJe 18.05.2023; STJ, 3ª Turma, Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze, AgInt no REsp 1982952 / SP, Julgamento: 16.05.2022, Publicação: DJe 18.05.2022.

Ao analisar os votos que ensejaram a formação do julgado acima referido, observa-se que foram quatro os motivos determinantes para a formação da convicção do órgão julgante.

Em primeiro lugar, o Superior Tribunal de Justiça asseverou que se deve conciliar o direito à proteção patrimonial mínima do devedor com o direito autoral à efetividade jurisdicional. Ou seja, a lei, ao mesmo tempo em que expressamente resguarda a dignidade humana do executado e de sua família, proporcionando-lhe um mínimo existencial financeiro, ela também protege o exequente, pois lhe defere o direito à percepção de tutela jurisdicional efetiva.

O segundo argumento utilizado pelo tribunal superior aduziu que todos os sujeitos da relação processual, em especial exequente e executado, devem agir com probidade, cooperação, lealdade e boa-fé processual. Isto é, ainda que o devedor tenha o direito processual de não ser compelido à constrição patrimonial que viole sua dignidade humana, não lhe é assegurado abusar desse direito para fins de se opor ao adimplemento do direito material do credor. No caso que embasou o julgado em comento, o executado possuía renda mensal de aproximadamente de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais) e, por conseguinte, dever-se-ia analisar se a penhora de parte do salário do devedor iria ou não prejudicar sua subsistência.

Como terceiro fundamento decisório, o Tribunal da Cidadania afirmou existir diferença de tratamento legislativo entre o Código de Processo Civil de 1973 e o 2015, haja vista que aquele informava que o salário era absolutamente impenhorável, ao passo que a atual lei adjetiva civil suprimiu a expressão absolutamente. Portanto, o legislador teria objetivado conferir proteção relativa ao instituto, de modo que em juízo de ponderação acerca dos princípios processuais da menor onerosidade para o executado (art. 805, caput, Código de Processo Civil) x o princípio da efetividade da execução para o exequente (art. 5º, LXXVIII, Constituição Federal c/com art. art. 797, Código de Processo Civil), cabe ao julgador prolatar a decisão judicial mais consentânea com o caso concreto.

Por fim, o quarto alicerce decisório se calcou na irrazoabilidade do piso salarial estipulado pelo legislador infraconstitucional, haja vista que o limite mínimo de 50 (cinquenta) salários mínimos tornou a exceção legal de rara aplicação no dia-a-dia forense, pois somente uma mínima parcela da população brasileira perfaz renda mensal nesse montante.

Esclareça-se, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça não informou que é devida a penhora de todo e qualquer salário, apenas decidiu que, fundadas nas premissas decisórias acima descritas, não pode o julgador evitar analisar o caso concreto com base exclusivamente na regra da impenhorabilidade salarial, devendo compatibilizar a necessidade de efetividade executória em favor do credor com obrigatória preservação da dignidade humana patrimonial do devedor e seu núcleo familiar. Asseverou-se, inclusive, que tal medida, por ser mais restritiva, não deve ser adotada em primeiro lugar, devendo antes buscar o adimplemento da dívida por outros meios executivos, adstringindo-se ao princípio da menor onerosidade em favor do executado.

CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS AO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antes mesmo do Superior Tribunal de Justiça pacificar o entendimento acerca da flexibilização da regra da impenhorabilidade para fins de possibilitar a penhora de salários, a doutrina nacional era uníssona em afirmar que o legislador não adotou a melhor solução legal para o caso, pois positivou exceção de raríssima aplicabilidade.

No entanto, ainda que esta crítica fosse costumeira, parte da academia se posicionava no sentido de respeitar a disposição legal, ao passo que outra vertente entendia ser possível superar a regra no caso concreto.

Abalizada doutrina³ elogia o posicionamento do Tribunal da Cidadania, pois a previsão legal destoava da prática arraigada em boa parte dos países civilizados, uma vez que é essencial proteger a saúde financeira do executado, mas a impenhorabilidade absoluta das verbas de natureza salarial despreza por completo os interesses materiais do exequente, bem como advém de uma visão errônea acerca da consagrada teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Fredie Didier Jr. segue o mesmo entendimento asseverando que:

Restringir a penhorabilidade de toda a 'verba salarial', mesmo quando a penhora de uma parcela desse montante não comprometa a manutenção do executado, é interpretação inconstitucional da regra, pois prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento do direito fundamental do exequente. (DIDIER JR., 2017, p. 923)

Outra parte dos estudiosos refutam o entendimento encampado no âmbito da Corte Superior de Justiça, pois, a pretexto de conferir adequação entre os meios e fins processuais civis executivos, pugna pelo desprezo da atividade legislativa, afigurando-se reprovável caso de ativismo judicial⁴. Afirma-se, então, que o Tribunal da Cidadania adota critérios extremamente subjetivos, pois caberá ao julgador decidir o que é salário elevado, bem como analisar qual saldo remuneratório permite que o mesmo preserve sua dignidade patrimonial, outro critério ainda flagrantemente subjetivo.

Há riscos, então, de se tornar comum a prolação de julgados absurdamente diversos ainda que se esteja diante de situações similares, pois dois julgadores, dotados de experiências de vida diversas, podem utilizar parâmetros que não respeitam a individualidade dos executados. Alexandre Freitas Câmara tece severas críticas ao posicionamento jurisprudencial em comentário, lecionando que:

Esse entendimento jurisprudencial, porém, é criticável, pois simplesmente ignora o texto legal (sem fazer qualquer exercício de controle de constitucionalidade sobre o que a lei dispõe). Ora, o fato de a lei conter uma determinação com a qual não se concorda, ruim mesmo (e, no caso concreto, não se pode ter dúvida de que a opção legislativa foi ruim, já que, ao tornar impenhoráveis os valores que não excedem de cinquenta salários mínimos, a lei acabou por tornar impenhoráveis quase todas as remunerações de quase todas as pessoas que vivem no Brasil), não pode ser justificativa para ignorar o texto legal. O lugar adequado para lutar pela modificação do texto normativo ruim é o Poder Legislativo. Opções ruins do legislador, desde que não sejam inconstitucionais, devem ser respeitadas. Esse é o preço que se paga quando se quer viver em um Estado de Direito. " (CÂMARA, 2022, p. 365)

3 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume Único*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.054.

4 Gajardoni, Fernando da, F. et al. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Disponível em: *Minha Biblioteca*, (5th edição). Grupo GEN, 2022, pág. 1.279.

Observando as duas correntes doutrinárias acima citadas, extrai-se que ambas partem da mesma premissa, qual seja, o legislador fez uma péssima escolha ao prever um piso salarial inadequado à realidade dos jurisdicionados, pois menos de 1% (um por cento) dos brasileiros percebe renda mensal superior a 50 (cinquenta) salários mínimos, evidenciando se tratar de uma exceção de difícil aplicação. Todavia, ao concluir pela solução adequada ao caso, a primeira vertente postula a superação da regra pautada em interpretação princípio lógica, ao passo que a segunda é legalista e adota interpretação restritiva.

Diante dos argumentos trazidos pela doutrina e jurisprudência, observado, ainda, os fundamentos invocados pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese pela observância da regra da impenhorabilidade deve ser respeitada, sendo fortemente criticável o entendimento jurisprudencial em comento. Ora, é brocado jurídico amplamente conhecido que regras restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente, bem como as exceções à regra devem seguir a mesma lógica jurídica⁵.

Como predito em momento anterior, a Corte Superior de Justiça criou uma exceção não objetivada pelo legislador infraconstitucional e tal forma de proceder revela indesejável ativismo judicial. Esta forma de resolução jurídico-processual contribui para a sensação de insegurança jurídica na sociedade brasileira e está incerteza tem efeitos nefastos, sobretudo no âmago dos jurisdicionados, os quais se veem defronte de situações em que órgãos jurisdicionais desprezam a lei para pôr fim ao processo judicial. A perda de credibilidade no sistema de justiça, então, é algo natural.

Não se defende, por óbvio, a proteção de pessoas que tentam a todo custo evitar a efetividade das decisões judiciais. Mas o desrespeito à lei, logo por parte de quem tem o inafastável dever de aplicá-la, não soa como a medida mais adequada.

Após observar a guinada jurisprudencial no sentido de desrespeitar a clara intenção do legislador, o Deputado Federal Eduardo Bismarck apresentou o projeto de lei nº 5.320/2019, a fim de inserir novamente a expressão absolutamente, externando como justificativa de tal projeto que *“trago preocupação quanto ao ativismo judicial que, por falta de detalhamento no texto do Código de Processo Civil de 15 (CPC/2015), vem trazendo prejuízos quanto a direitos adquiridos.”*⁶, ou seja, a mera ausência do termo absolutamente não relativizou a regra da impenhorabilidade salarial para além das hipóteses legalmente estabelecidas.

Digno de nota lembrar que o próprio legislador, quando quis estabelecer quais as exceções aptas a afastar a garantia da impenhorabilidade salarial, assim o fez. Ou seja, não há vácuo legislativo indesejável e nem margem de discricionariedade judicial para realizar uma interpretação que a lei não comporta. Existe, em verdade, uma opção legislativa infeliz, inadequada e que precisa urgentemente passar por revisão legislativa, mas que deve ser respeitada, eis que fruto da vontade de quem tem atribuição constitucional para legislar sobre o tema.

5 SAMPAIO JR, Tércio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, pág. 291.

6 BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.320/2019, em trâmite na Câmara dos Deputados*. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1814418&filename=PL%205320/2019 >, acesso em 24.06.2023.

PENHORA DE VERBA DE NATUREZA SALARIAL NO DIREITO COMPARADO

No âmbito do direito comparado é fácil encontrar hipóteses de penhora de verba de natureza remuneratória, havendo inúmeros exemplos legalmente estabelecidos que permitem a utilização do salário do devedor para fins de adimplir uma obrigação de pagar quantia certa.

Em Portugal, por exemplo, há disposição legal explícita no sentido de ser impenhorável 2/3 (dois terços) das verbas líquidas destinadas ao sustento do executado, tais como salários, vencimentos, aposentadorias, ex vi do art. 738, 1, Código de Processo Civil Português⁷.

A legislação espanhola também prevê a possibilidade de penhora salarial, sendo, inclusive, pouco protetiva em face do devedor, eis que permite a constrição judicial de quase toda a remuneração do executado em certos casos. Consoante exposto no art. 607, *ley de enjuiciamiento civil*⁸, o salário mínimo é absolutamente impenhorável. Todavia, caso perfaça renda mensal superior a 01 (um) salário, o devedor já pode ter seu salário penhorado, havendo uma escala gradativa que inicia com 30 % (trinta por cento) da remuneração e vai até 90% (noventa por cento) para quem ganha acima de 05 (cinco) salários mínimos.

Na Argentina, o legislador optou por reconhecer ser impenhorável as verbas de natureza remuneratória que não excedam \$ 1.000 (mil pesos), no entanto, ultrapassado tal piso salarial, o art. 2º da Ley 9.511⁹ permite constrições judiciais que variam de 5% (cinco por cento) a 20% (vinte por cento) da remuneração mensal do devedor.

Ou seja, a penhorabilidade salarial é algo comum no direito estrangeiro, de modo que o Código de Processo Civil brasileiro, ao prever como regra a impenhorabilidade salarial, acaba por se afastar das melhores práticas processuais civis existente no direito comparado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da crise de efetividade no dia-a-dia forense, o Superior Tribunal de Justiça resolveu adotar uma interpretação não abrangida pela legislação de regência, acabando por permitir a penhora de verbas de natureza salarial para além das hipóteses previstas expressamente pela legislação.

Após a adoção de tal entendimento, é possível afirmar que há 03 (três) situações aptas a permitir a flexibilização da regra da impenhorabilidade dispostas no Código de Processo Civil, quais sejam, penhora de verbas de natureza salarial para pagamento de prestação alimentar, constrição judicial sobre o montante remuneratório que ultrapassar 50 (cinquenta) salários mínimos mensais e penhora salarial de qualquer valor para

7 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lei nº 117, de 13 de setembro de 2019. Código de Processo Civil (Novo). 11ª versão. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=701&artigo_id=&nid=1959&pagina=8&tabela=leis&nversao=&so_miolo. > Acesso em: 25.06.2023.

8 2 ESPANHA. Boletín Oficial de Estado. Legislación consolidada: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> > Acesso em: 25.06.2023.

9 5 ARGENTINA. Ministerio de Hacienda. Ley nº 9.511, Septiembre 29 de 1914. Disponível em: < <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-9511-101680/actualizacion> > Acesso em: 25.06.2023.

adimplemento de dívida não alimentícia, desde que a quantia constricta não atinja o necessário para manutenção digna do executado e de seu núcleo familiar.

Em que pese o esforço interpretativo da Corte Especial do Tribunal da Cidadania ao fundamentar o julgado que pacificou o entendimento pela flexibilização da regra da impenhorabilidade salarial, a leitura do Código de Processo Civil evidencia que a exceção criada pela jurisprudência não está albergada pela vontade do legislador.

Não se olvida que é urgente e necessária a reforma legislativa para fins de aproximar o direito brasileiro das boas práticas oriundas do direito estrangeiro, objetivando tornar possível a penhora salarial para o pagamento de obrigações de pagar quantia certa que não sejam de natureza alimentar. O legislador federal, a quem incumbe debater e, eventualmente, aprovar tal mudança legislativa, inclusive tem fartos exemplos no âmbito do direito comparado que podem servir de referenciais teóricos para tanto. No entanto, a postura do Superior Tribunal de Justiça revelou nocivo ativismo judicial, pois, pretendendo proporcionar efetividade ao processo civil, desprezou a vontade do legislador e editou possibilidade de penhora salarial flagrantemente contrária à legislação de regência.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Ministerio de Hacienda. Ley nº 9.511, Septiembre 29 de 1914. Disponível em: < <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-9511-101680/actualizacion> > Acesso em: 25.06.2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. > Acesso em: 18.06.2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. > Acesso em: 19.06.2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.320/2019, em trâmite na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1814418&filename=PL%205320/2019 >. Acesso em: 24.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Relator: Ministro Gurgel de Faria, AgInt no AREsp 2258716 / PR, Julgamento: 15.05.2023, Publicação: DJe 19.05.2023. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203735806&dt_publicacao=19/05/2023 >. Acesso em: 20.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, AgInt no AREsp 2139117 / SC, Julgamento: 15.05.2023, Publicação: DJe 18.05.2023; disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201610977&dt_publicacao=18/05/2023 >. Acesso em: 20.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze, AgInt no REsp 1982952 / SP, Julgamento: 16.05.2022, Publicação: DJe 18.05.2022. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200212693&dt_publicacao=18/05/2022 >. Acesso em: 20.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Relator: Ministro João Otávio de Noronha EREsp n. 1.874.222/DF, Julgamento: 19.04.2023, Publicação: DJe 24.05.2023, disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001121948&dt_publicacao=24/05/2023 >. Acesso em: 20.06.2023.

CÂMARA, Alexandre F. O Novo Processo Civil Brasileiro. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Grupo GEN, 2022.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil - Vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2017.

ESPAÑA. Boletín Oficial de Estado. Legislación consolidada: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> >. Acesso em: 25.06.2023.

GAJARDONI, Fernando da, F. *et al.* Comentários ao Código de Processo Civil. Disponível em: Minha Biblioteca, (5th edição). Grupo GEN, 2022.

GLOBO.COM. 1% do mais rico do Brasil recebe 32,5 vezes o valor dos 50% mais pobres. www.valorinveste.globo.com. Ano 2023. Disponível em: < <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2023/05/11/1percent-mais-ricos-do-brasil-recebe-325-vezes-o-valor-dos-50percent-mais-pobres.ghtml> >. Acesso em: 20.06.2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lei nº 117, de 13 de setembro de 2019. Código de Processo Civil (Novo). 11ª versão. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=701&artigo_id=&nid=1959&pagina=8&tabela=leis&nversao=&so_miolo >. Acesso em: 25.06.2023.

SAMPAIO JR, Tércio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, pág. 291.

A importância do direito à desconexão nas relações de trabalho

Jeferson de Melo Ferreira

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2023

Yan Gabriel Santiago Sales

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2023

André Luiz de Oliveira Brum

Orientador deste artigo e professor. Dr. do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2023.

RESUMO

O direito a desconexão do trabalho no país é um tema relativamente novo em relação a outros temas já consagrados em nosso ordenamento jurídico, haja vista a falta de legislação específica sobre o tema, a falta de discussão entre todo o setor social e a falta de padronização sobre o tema. O objetivo geral dessa pesquisa é analisar a importância do direito à desconexão nas relações de trabalho. Como método utilizou-se de embasamento legal, teórico e jurisprudencial, levando em consideração a análise das divergências quanto à limitação efetiva da jornada de trabalho. Verificou-se, a partir da análise jurisprudencial que é necessária uma regulamentação específica que regule o direito dos trabalhadores, ou pelo menos respeite os direitos já consagrados na Constituição Federal e leis trabalhistas. É preciso conscientizar a classe patronal de que o cumprimento das normas trabalhistas trará benefícios aos empregadores, empregados e beneficiários dos serviços devido ao melhor desempenho das atividades, menor custo com pessoal e interesse dos usuários na satisfação de bens ou serviços. Ademais é importante perceber que o respeito às normas trabalhistas é fundamental para que o empregado possa assegurar seus direitos fundamentais e usufruir de suas folgas com total liberdade.

Palavras-chave: direito a desconexão. leis trabalhistas. ordenamento jurídico.

ABSTRACT

The right to disconnect from work in the country is a relatively new topic in relation to other topics already enshrined in our legal system, given the lack of specific legislation on the subject, the lack of discussion between the entire social sector and the lack of standardization About the subject. The general objective of this research is to analyze the importance of the right to disconnect in labor relations. As a method, a legal, theoretical and jurisprudential basis was used, taking into account the analysis of divergences regarding the effective limitation of the working day. It was verified, from the jurisprudential analysis that a specific regulation is necessary that regulates the rights of workers, or at least respects the rights already



enshrined in the Federal Constitution and labor laws. It is necessary to make the employers aware that compliance with labor standards will bring benefits to employers, employees and beneficiaries of services due to better performance of activities, lower personnel costs and interest of users in the satisfaction of goods or services. Furthermore, it is important to realize that respect for labor standards is essential for employees to ensure their fundamental rights and enjoy their days off with total freedom.

Keywords: right to disconnect. work laws. legal order.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema “ A importância do Direito à desconexão nas relações de trabalho”. O direito a desconexão do trabalho no país é um tema relativamente novo em relação a outros temas já consagrados em nosso ordenamento jurídico, haja vista a falta de legislação específica sobre o tema, a falta de discussão entre todo o setor social e a falta de padronização sobre o tema.

Trata-se, portanto, de um assunto ávido por ser estudado, desenvolvido, questionado e debatido e deve ser amplamente assegurado, pois a falta de garantia pode trazer sérias consequências para os trabalhadores. À medida que a tecnologia começa a influenciar cada vez mais o comportamento humano, as relações de trabalho não são diferentes, pois a comunicação empregado-empregador via telefones celulares, tablets, smartphones, laptops, BIPs, pagers entre outros passa a ser algo muito corriqueiro (MAFRA, 2015).

A inclusão da tecnologia no ambiente de trabalho proporciona às empresas mais organização assim como controle mais efetivo sobre o ritmo e a intensidade do trabalho, porém, também viola o tempo livre dos empregados, ocasionando sobrecarga severa aos trabalhadores (MAFRA, 2015).

A partir do momento em que a sociedade se tornou cada vez mais informatizada, os trabalhadores passaram a trabalhar mais e a ter cada vez menos tempo para a família, o lazer e a vida social. Com o advento da tecnologia, os trabalhadores conseguem atualmente realizar trabalhos fora do ambiente físico da empresa, entretanto passam a trabalhar em outros ambientes como sua casa, restaurante, ônibus e praça pública o que coloca os funcionários à disposição dos empregadores (CASSAR, 2014).

O direito à desconexão é dado como direito social fundamental o que assegura direitos tais como o descanso, o lazer, a saúde, a vida privada, a intimidade, a segurança no ambiente de trabalho, a vida familiar e social e dignidade. “No Direito do Trabalho Brasileiro ele pode ser demonstrado através de institutos como intervalo intra e Interjornadas, repouso semanal remunerado, férias e sobreaviso”(MARTINS, 2012, p.540).

Dentro do exposto levantasse a seguinte problemática: “Qual a importância do direito à desconexão nas relações de trabalho?”. Diante da problemática levantada, o objetivo geral dessa pesquisa é analisar a importância do direito à desconexão nas relações de trabalho. Os objetivos específicos são : analisar a garantia do direito à desconexão do trabalho devido ao crescente avanço tecnológico, bem como, sua influência no aumento do tempo a disposição do empregador; verificar como a ausência de uma normatização específica no Brasil sobre o direito a desconexão impacta na vida dos trabalhadores;

averiguar os reflexos da sociedade informacional no que tange ao direito ao descanso previsto no âmbito do direito do trabalho; analisar as divergências sobre a efetiva limitação da jornada de trabalho.

O estudo buscou embasamento legal, teórico e jurisprudencial, levando em consideração a análise das divergências quanto à limitação efetiva da jornada de trabalho. Para tanto, utiliza-se de uma dialética, analisando os diferentes posicionamentos dos tribunais, que violam o direito à desconexão, por falta de normas reguladoras específicas para o horário de trabalho fora do ambiente tradicional com o advento de novas tecnologias de informação e comunicação.

DO DIREITO À DESCONEXÃO

Atualmente, o mais comum no campo do direito do trabalho são relatos de empregadores entrando em contato com trabalhadores por e-mail, smartphones, telefonemas etc., por exemplo: final de expediente, finais de semana, feriados e intervalos. Perante esta realidade, a vida familiar, social e afetiva dos colaboradores é perturbada pelas interrupções no trabalho, tornando os horários de trabalho ainda mais prolongados e intrusivos.

Segundo Maffra (2015), no mundo moderno em que vivemos, os indivíduos estão ligados às empresas durante grande parte do seu dia a dia, principalmente após deixarem o local de trabalho, o que faz com que não existam mais fronteiras que os separem de uma outra jornada.

O direito à desconexão é garantido constitucionalmente no rol dos direitos sociais e está diretamente relacionado aos direitos a férias, descanso semanal remunerado, descanso entre jornadas de trabalho, saúde, lazer, segurança no trabalho, lazer, privacidade e vida privada (NASCIMENTO, 2011).

Apesar da obrigação de cumprir a jornada de trabalho e de desempenhar as atividades laborais com diligência, o trabalhador tem direito ao descanso para que possa manter sua vida familiar, afetiva e pessoal, garantindo assim o seu direito à dignidade humana.

Jorge Luiz Souto Maior, pioneiro do tema, em seu artigo de 2003 “Do direito à desconexão do trabalho do”, afirma que isso faz sentido ao tratar da relevância do tema, pois ao falar em desligamento e comparar tecnologia, com o trabalho humano, com vistas à realização do direito humano de não trabalhar, ou, metaforicamente falando, de se desvincular do trabalho.

Numa sociedade onde o trabalho importa, para além do elevado desemprego e de uma cultura onde o trabalho dignifica as pessoas, não é fácil falar em não-trabalho. Ocorre que é preciso analisar esse direito sob a ótica do princípio da proteção, levando em consideração a posição juridicamente inadequada do empregado perante o empregador, que conduz à sua totalização. Submissão ao trabalho, que passa a desempenhar atividades extra jornada, com o objetivo de manter o emprego.

Apesar das contradições, é extremamente importante lembrar que o trabalho, aos olhos da filosofia moderna e do ordenamento jurídico, dignifica a pessoa, mas de outro ponto de vista é o trabalho que destitui a pessoa de sua dignidade e limita sua inserção na sociedade. À medida que seus relacionamentos íntimos e vida privada se desenvolvem (MAIOR, 2023).

Dessa forma, deve-se deixar claro que o direito à desconexão não se baseia na ideia de privar-se do trabalho ou incentivar o ócio, mas sim no conceito de trabalhar dentro dos padrões necessários para a defesa de um direito tão difícil de ser conquistado.

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À DESCONEXÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O tempo sempre foi um fator relevante nas relações de trabalho, pois quem não possui os meios de produção só pode fornecer sua mão de obra por um determinado período.

Karl Marx descobriu em *O Capital* (1909) que a força de trabalho é comprada e vendida pelo seu valor e que, como qualquer outra mercadoria, o valor da força de trabalho é caracterizada pelo tempo de trabalho necessário para produzi-la.

Durante o estabelecimento de países livres após a Revolução Francesa, a principal mudança no modo de produção com o advento da Revolução Industrial. Flávio Roberto Batista (2016) descreve essa revolução como “marcando a transição do protocapitalismo comercial para o capitalismo industrial”, considerando o modelo de empresas artesanais deixado para a produção mecanizada.

Os trabalhadores deixaram de possuir o controle da sua força de trabalho, já que se iniciou a utilização das máquinas à vapor e a produção passou a ser mecanizada, alterando radicalmente a relação entre capital e trabalho. Dessa forma, a propriedade dos meios de produção era somente do burguês rico (BATISTA, 2016, p. 153-154).

Evaristo de Moraes em 1905, citando o pensamento clássico dos economistas da época, afirmava que as pessoas acreditavam nas virtudes da liberdade de trabalho e não reconheciam nenhuma norma que regesse os contratos entre empregados e empregadores (MORAES, 1998).

Prevalecia até então a ideia de que o homem livre tinha o direito de vender sua obra pelo preço e nas condições que quisesse, levando à opressão, à miséria, à exploração e à degradação progressiva (MORAES, 1998). Na época, fazia com que os trabalhadores vendessem sua mão de obra por até 20 horas diárias, e eram comuns os trabalhos realizados por mulheres, inclusive grávidas, partos nas fábricas, jornada de trabalho e até crianças pequenas, matando e mutilando o número de acidentes. A situação é agravada por taxas muito altas (BATISTA, 2016). O fenômeno da Revolução Industrial levou a um aumento da jornada média de trabalho por ano de 2.500 horas na era pré-industrial para 3-3.500 horas durante a Revolução Industrial, patamar que não foi registrado historicamente (ROSSO, 2006).

Robert Owen melhorou as condições dos trabalhadores de sua empresa em New Lanark (Inglaterra) em 1810, limitando a jornada de trabalho a 10 horas diárias, limite que foi aplicado a todo o país em 1847 (SOUZA; OLIVEIRA, 2006).

No plano constitucional, o texto mexicano de 1917 foi precursor no estabelecimento da “desmercadorização do trabalho” porque “estabeleceu o princípio da igualdade jurídica substantiva entre trabalhadores e empregadores nas relações contratuais” (COMPARATO, 2012).

Ademais, o referido texto constitucional, em seu art. 123, limitando a jornada de trabalho a 8 horas (inciso I) e o trabalho noturno a 7 horas (inciso II), uma folga a cada seis dias úteis (inciso IV), remuneração igual para trabalho igual, independentemente de sexo ou nacionalidade (VII) e quando o empregado for de Responsabilidade do Empregador se Vítima de Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional (Inciso XIV) (COMPARATO, 2012).

No entanto, o texto da constituição mexicana recebeu pouca resposta. A Europa não conhecia a legislação à época, até por falta de estudos teóricos, o inverso do ocorrido na Constituição de Weimar (OLIVEIRA, 1991 *apud* PINHEIRO, 2006).

A estrutura da Constituição de Weimar, que incorpora os direitos sociais com a força das normas constitucionais, despertou no Ocidente a consciência da responsabilidade do Estado em salvaguardar a dignidade humana (AUAD, 2008). O texto está dividido dois: uma parte regulamenta o pilar administrativo do Estado e seus poderes, e outra que regulamenta os direitos sociais como educação, saúde, dignidade nas relações de trabalho, proteção à criança e à maternidade (AUAD, 2008).

A Constituição de Weimar inspirou as constituições modernas, e aparentemente isso também aconteceu na constituição brasileira de 1934, no art. n.º 121 propõe as regras de proteção social dos trabalhadores, incluindo o limite da jornada de trabalho de oito horas.

A duração do trabalho tem várias implicações. Sadi Dal Rosso (2006) elenca três: implicações na qualidade de vida, revendo a possibilidade de ter mais tempo livre; delimitação do tempo que as pessoas gastam na atividade econômica; relação com o estado de saúde.

Como forma de proteger a saúde dos trabalhadores e promover a recuperação física e mental, são prescritos períodos de descanso obrigatório, que é um período de não trabalho que deve ocorrer no meio do dia de trabalho e entre o final do dia e o começo de outro.

Rodrigo Coimbra (2016) argumenta que as limitações da jornada envolvem várias causas: questões humanas, sociais e econômicas, e questões sociais, políticas e religiosas que confrontam os limites da biologia humana.

No entanto, a doutrina geralmente considera vários fatores de natureza física ou biológica, psicológica, social, cultural e econômica. Do ponto de vista físico ou biológico, leva em consideração a longa duração da jornada de trabalho, que leva ao cansaço do trabalhador; mental e psicologicamente afetado pelo cansaço dessa origem do empregado, afetando a saúde e a capacidade de o empregado concentrar (COIMBRA, 2016).

Delgado (2019) define período de descanso como um lapso de tempo regular ou irregular, dentro ou fora do período de trabalho diário, semanal ou anual, durante o qual o trabalhador pode suspender a prestação de serviços e a sua disponibilização ao empregador, enquanto restaura e cumpre sua energia ou propósito de sua família, comunidade ou integração política.

No Brasil, desde 1988, a carga horária semanal máxima deve ser de 44 horas (art. superior a 6 horas (art. 71 da Lei do Contrato de Trabalho, calculado sobre o salário e §1º). A Lei nº 605/49 prevê o descanso semanal, que deve ser inteiramente pago. No entanto, Sadi Dal Rosso (2011) aponta que essa separação entre tempo de trabalho e não trabalho está se tornando cada vez mais fraca e aponta que nem todas as atividades não laborais são positivas, como o desemprego.

Conforme revelado por Vincent de Gaulejac (2007), ajuda a reduzir o tempo de inatividade gerido pelas empresas quando é dada atenção à cultura de desempenho, que destaca alguns trabalhadores para que outros se sintam obrigados a alcançar a mesma rentabilidade. Este sistema transmite a ideia de pressão em toda a sociedade porque a competição é promovida e para ser o melhor é preciso ser o número um. A supervisão de grande parte do trabalho deixa de ser física e passa a ser comunicativa. A tecnologia assumiu o controle do resultado do trabalho e não é mais necessário verificar o tempo, mas obter a total disponibilidade dos trabalhadores para atingir as metas da empresa (GAULEJAC, 2007).

A legislação francesa já avançou nesse sentido e estabeleceu o direito à desconexão tal como direito fundamental do trabalhador a Lei nº 3 prevê ferramentas digitais para prover a execução dos períodos de repouso e férias (HARFF, 2017).

O direito à desconexão não está claramente previsto em nossa legislação, mas esse entendimento pode ser construído, pois o afastamento é parte essencial da saúde do trabalhador, que segundo o art. 6º do texto constitucional é um direito fundamental.

A tecnologia traz consigo um universo livre, onde a comunicação acontece em tempo real, e a prestação de serviços é profundamente alterada, a origem dos trabalhadores continua a mesma da antiga era industrial, não podemos ter as mesmas demandas neste século, devemos evoluir.

DOS DIREITOS TRABALHISTAS AO DESCANSO E À DESCONEXÃO NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: UM DIREITO DO EMPREGADO E UMA GARANTIA AO EMPREGADOR

Os empregados possuem direitos e garantias constitucionalmente consagrados que, muitas vezes, são vistos apenas como benefícios conferidos aos trabalhadores, sem respeito à real necessidade de manutenção dessas garantias, pois acabam beneficiando ambos os polos da relação. Esses direitos são especificados nos artigos 7 a 11 da Carta Magna.

Por exemplo, o direito ao descanso não apenas garante o direito ao ter tempo de lazer e ter uma vida privativa, mas garante que os trabalhadores tenham capacidades

físicas e mentais suficientes para o desempenho das atividades laborais. Isso mostra que há uma vantagem para o empregado, pois ele terá tempo para estar com a família, amigos etc. Nesse sentido, como Pinto e Filho deixaram claro:

Os repouso do trabalhador formam um sistema de equilíbrio com os períodos de trabalho durante os quais o empregado deve a prestação da energia posta à disposição dos fins da empresa, de modo a utilizá-la em três planos de aproveitamento - orgânico, social e econômico. Por isso, as legislações fundamentadas em estudos de Medicina do Trabalho, estabelecem para eles uma escala de duração em inteira correspondência com a escala de duração do trabalho, resultante da execução continuada, que é um dos caracteres do contrato individual (PINTO E FILHO 2000, p. 452.)

Além disso, o mesmo autor, referindo-se ao descanso diário, semanal ou anual do trabalhador, sustenta que “o descanso correspondente a um dia ou dias de trabalho se destina a um resultado corporal imediato - a reorganização da Continuidade do corpo”, ou esquemas de uso, que ajudam a manter a qualidade do trabalho realizado (PINTO E FILHO, 2000).

As folgas semanais, por outro lado, buscam efeitos sociais imediatos, pois visam permitir uma melhor convivência do colaborador com a família, proporcionar lazer e afastar o colaborador das responsabilidades do dia a dia. No entanto, as pausas anuais, ou seja, as férias, têm como objetivo manter o nível de produtividade dos funcionários, possibilitando planos de aproveitamento econômico.

No entanto, aos olhos dos empregadores, o custo de tais direitos é muito alto, porque eles apenas consideram esses direitos como um ônus, mas não veem os aspectos positivos que eles trazem para os empregadores. Com efeito, além de garantir os direitos dos empregados, o direito ao descanso precisa ser encarado como forma de evitar gastos futuros para os empregadores, como, por exemplo, acidentes de trabalho por exaustão do empregado (MELO, 2013).

Nesse sentido, decorre a garantia do direito à desconexão, pois se as pausas forem interrompidas pelo uso de novas tecnologias em situações em que o direito ao descanso seja direito do empregado, há perda da capacidade física e mental do trabalhador, o trabalhador em termos de retomada do trabalho.

Do tempo a disposição do empregador

O mundo em que vivemos passou e está a passar por uma série de mudanças, uma das quais é a revolução tecnológica no domínio das tecnologias de informação e telecomunicações. Essa mudança impactou a sociedade e fez recomendações para tornar a vida mais fácil para os indivíduos. Segundo Jorge Luiz Souto Maior, a tecnologia de certa forma tira o ônus do trabalho ao proporcionar à sociedade um modo de vida mais confortável, mas fora dos padrões responsáveis pode levar a um desequilíbrio na ordem social, cuja correção precisa ser tomada a fim de se evitar que o empregado se torne refém do serviço em seu tempo livre (MAIOR, 2003).

A tecnologia traz a oportunidade de controlar o ritmo e a intensidade do trabalho e de organizar o trabalho de maneira otimizada, mas os avanços tecnológicos são usados de forma a desvirtuar normas que limitam a jornada de trabalho, comprometem o direito à desconexão e colocam os empregados à disposição dos empregadores (MELO, 2013).

A adoção do uso de aparelhos de comunicação como celulares, computadores, e notebook por parte das instituições ocasionam no dia a dia a multiplicação de tarefas e a invasão do tempo livre dos empregados, causando uma sobrecarga através do contato imediato e em tempo real. Sendo assim, necessita -se aplicar uma atenção redobrada com esses novos meios de comunicação e informação na relação empregatícia.

Do efetivo direito ao descanso: o respeito à jornada de trabalho

O efetivo direito ao descanso do trabalho é estabelecido constitucionalmente através dos incisos do artigo 7º, XIII, XIV, XV, XVI e XVII¹. Os limites da jornada de trabalho, compreende:

O tempo em que o empregado esteja não só efetivamente trabalhando como também colocando sua força de trabalho à disposição do tomador do seu serviço, por um período contratual ou legalmente fixado, tal como ocorre com o tempo de prontidão, de sobreaviso ou de deslocamento (in itinere) (BRASIL, 1988, Art.º7).

Por sua vez, o Código do Trabalho estabelece períodos de descanso obrigatório, como as férias anuais, no Capítulo IV. Também especifica os dias úteis na segunda seção do Capítulo II e os intervalos entre e dentro dos dias úteis na terceira seção do mesmo capítulo. Vólia Bomfim Cassar entende que as restrições do tempo de trabalho são baseadas em aspectos biológicos, sociais e econômicos como segue:

a) biológicos: o excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental. Portanto, os fatores biológicos são extremamente importantes para limitar a quantidade de trabalho diário.

b) sociais: o trabalhador que executa seus serviços em extensas jornadas tem pouco tempo para a família e amigos, o que segrega os laços íntimos com os mais próximos e exclui socialmente o trabalhador.

c) econômicos: um trabalhador cansado, estressado e sem diversões produz pouco e, portanto, não tem vantagens econômicas para o patrão (CASSAR, 2011, p. 653).

Portanto, o direito ao descanso deve ser analisado de diversas formas, não apenas como um benefício concedido aos trabalhadores. Nesse sentido, para Vólia Bomfim Cassar, os acidentes de trabalho são causados por fatores como jornada excessiva de trabalho e inibição ou redução de pausas e pausas, em detrimento do empregador, que reduz a força de trabalho devido à ausência dos trabalhadores.²

No Japão é comum falar-se em “Karoshi”, expressão utilizada para se referir à “morte por excesso de trabalho³, se refere a “morte por excesso de trabalho”. Nesse país,

1 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII - duração do trabalho normalmente não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 maio. 2023.

2 As doenças profissionais, os acidentes de trabalho, as enfermidades físicas e psíquicas e a redução da capacidade laborativa muitas vezes decorrem das más condições em que o trabalho se realiza ou do ambiente hostil de trabalho. Acresça-se a isso as jornadas excessivas, a postura inadequada na execução do serviço, a mecanização do trabalho; a supressão ou redução das pausas e descansos; a falta de alimentação adequada; a cobrança de maior produtividade; as tarefas repetitivas; os agentes químicos, físicos e biológicos do ambiente de trabalho. Todos esses fatores abalam a saúde do empregado. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 1025.

3 CARREIRO, Líbia Martins. Morte por excesso de trabalho (Karoshi). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/carreiro_morte_japao_karochi.pdf>. Acesso em: 09 maio. 2023.

a hora extra é considerada trabalho voluntário e não é remunerada. No entanto, essas chamadas horas livres são, na verdade, trabalhos que os funcionários são obrigados a fazer sem serem pagos.

Os estudos realizados pelo Ministério do Trabalho japonês indicaram que as mortes foram associadas a longas horas de trabalho, trabalho por turnos, trabalho e horários irregulares. A maioria das vítimas trabalhava longas horas, equivalentes a mais de 3000 horas por ano, pouco antes do falecimento. A Organização Internacional do Trabalho, no XVI Congresso Mundial de Saúde e Segurança no Trabalho, realizado em Viena, no dia 27.05.2002, e em relatório publicado em 2003 reconheceu o “Karoshi” como causa de morte relacionada ao trabalho ao constatar que 23% de trabalhadores morrem por doenças circulatórias relacionadas ao trabalho, sendo que um dos principais fatores que contribuem para a morte são as doenças cardiovasculares, que têm, entre suas causas, o trabalho por turnos e trabalho noturno, longas horas de trabalho (incluindo a morte por *overwork*, às vezes conhecido como “Karoshi”) (CARREIRO,2023).

No caso do Brasil, há pouca conscientização em termos de cotas patronais sobre os efeitos nocivos das horas extras na saúde dos empregados. Ainda é incipiente a ideia de que o trabalho não deve ser visto como mercadoria, mas como forma de expressão da dignidade humana.

Em geral o que se observa nas empresas é uma reiterada exigência do trabalho em regime extraordinário, com o objetivo principal de aumento da produção e o consequente aumento do lucro dessas empresas, independente do sacrifício a que são submetidos os trabalhadores, e do fato de que o excesso de trabalho pode levar o indivíduo ao desprazer e ao sofrimento, com danos severos à sua saúde. É exatamente nesse aspecto relacionado à duração e intensidade do trabalho, que este artigo quer analisar o quanto a sobrejornada, como aponta a própria denominação, deve ser entendida como uma situação anormal na atividade produtiva, que impede a necessária equivalência entre demanda de serviço e capacidade física e mental de atendimento.⁴

Concorda com o exposto Sérgio Pinto Martins ao atestar que “é sabido que nos períodos em que o empregado trabalha em horas extras, após a jornada normal, é que acontece a maioria dos acidentes de trabalho, pois o empregado já está cansado”.⁵

Quanto à possibilidade de controle da jornada de trabalho, o artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho⁶, excetua do capítulo de duração do trabalho os empregados que exercem atividade externa e os gerentes, diretores e chefes de departamento. Contudo, é preciso analisar mais detalhadamente a questão quando se fala em trabalhador externo (BRASIL,1943).

Exemplo disso é o trabalhador que trabalha como motorista, apesar de suas atividades externas, tem controle de jornada por meio de equipamentos específicos e nesses casos tem direito ao pagamento de horas extras caso a jornada contratada seja ultrapassada. Nesse sentido foi editada a Orientação Jurisprudencial nº 332 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, a fim de acabar com confusões referentes ao controle da jornada dos motoristas.

4 LIMA, José Amaro Barcelos. *A sobre jornada e os acidentes de trabalho*. VII Congresso Nacional de Excelência e Gestão. Disponível em: < http://www.excelenciaemgestao.org/portals/2/documents/cneg7/anais/t11_0366_1870.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2023.

5 MARTINS. Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 540.

6 Artigo 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento) BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 23 mai. 2023.

Orientação Jurisprudencial nº 332 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho - MOTORISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE JORNADA POR TACÓGRAFO. RESOLUÇÃO Nº 816/86 DO CONTRAN (DJ 09.12.2003) O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa.⁷

Portanto, o fato de o empregado trabalhar fora do local de trabalho não pode ser considerado fator limitante da jornada de trabalho. Nesse sentido, embora o artigo 7º e o artigo XIII garantam a jornada de trabalho dos trabalhadores urbanos e rurais “não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais”⁸, cabe ressaltar que a Consolidação das Leis do Trabalho retira da regulamentação da jornada de trabalho os empregados rurais. Nesses sentidos e analisará somente a jornada dos trabalhadores urbanos⁹.

O tempo de trabalho está prevista no Capítulo II da Consolidação das Leis do Trabalho e estabelece que a jornada de trabalho não pode exceder 8 (oito) horas por dia. Ademais, prevê também a aplicação de regime de tempo parcial, “desde que a duração do trabalho não ultrapasse 25 (vinte e cinco) horas semanais”¹⁰. Serão proibidas as prestações de horas extraordinárias, neste tipo de caso.

Em alguns casos, dependendo da particularidade do trabalho executado, pode ser necessário que os funcionários combinem dias de trabalho diferentes. Nestes casos, é pago na proporção de 1/3 (um terço) da tarifa horária normal, do salário-hora¹¹ ou 2/3 (dois terços) da tarifa horária¹².

Por oportuno, é relevante, ainda, mencionar os reflexos da não observância da limitação da jornada de trabalho quanto às horas extraordinárias e o adicional noturno. A duração normal do trabalho pode ser acrescida de até 2 (duas) horas extras diárias, contudo, em que pese a Consolidação das Leis do Trabalho contenha previsão de um adicional de horas extras de 20% (vinte por cento), o artigo 7º, inciso XVI, da Constituição Federal assegura o adicional de, “no mínimo, 50% (cinquenta por cento) sobre a remuneração da hora normal”¹³. Em contrapartida, a Carta Magna deferiu a compensação de jornada de

7 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 332. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA332>. Acesso em: 06 mai. 2023.

8 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2023.

9 Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: (...) b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais; BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 mai. 2023.

10 Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 mai. 2023.

11 Artigo 244 (...) § 3º Considera-se de “prontidão” o empregado que ficar nas dependências da estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas.

12 Artigo 244 (...) § 2º Considera-se de “sobreaviso” o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de “sobreaviso” será, no máximo, de vinte e quatro horas, as horas de “sobreaviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 mai. 2023.

13 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2023.

trabalho em caso do pagamento do adicional, que é chamado de bando de horas, onde as horas que se sobressaem a jornada em um dia são compensadas pela mesma quantidade de tempo no dia seguinte¹⁴.

Por conseguinte, é interessante a abarcar os reflexos da não verificação da limitação da jornada de trabalho referente às horas extraordinárias e ao adicional noturno. Cabe ressaltar que a duração do dia a dia do serviço pode ser acrescida em até duas horas extras por dia, entretanto, em que se obedeça a Consolidação das Leis do Trabalho que determina a previsão de um adicional de horas extras de 20% , o artigo 7º, inciso XVI, da CF consolida “o adicional de computada como 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do dia seguinte”¹⁵. Essas formas de descanso estão sendo gradualmente interrompidas por conta do advento das recentes tecnologias de informação e comunicação.

OS REFLEXOS DA SOCIEDADE INFORMACIONAL NO QUE TANGE AO DIREITO AO DESCANSO PREVISTO NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

Essas formas de descanso estão sendo gradualmente interrompidas por conta do advento das recentes tecnologias de informação e comunicação. Nesse sentido, vale a pena estudar o impacto da sociedade da informação no direito do trabalho e, mais especificamente, no direito ao descanso. Esses avanços têm implicações significativas para as discussões atuais da Sociedade da Informação.

Quanto ao conceito de sociedade da informação, o sociólogo Manuel Castells explicou que a expressão diz respeito a formas específicas de organização social.

O termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade. Mas afirmo que informação, em seu sentido mais amplo, por exemplo, como comunicação de conhecimentos, foi crucial a todas as sociedades, inclusive à Europa medieval que era culturalmente estruturada e, até certo ponto, unificada pelo escolasticismo, ou seja, no geral uma infraestrutura intelectual. Ao contrário, o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico (CASTEL, 1999, p. 64 -65).

Quanto ao conceito de sociedade da informação, o sociólogo Manuel Castells explicou que a expressão diz respeito a formas específicas de organização social. Da mesma forma, ocorre no direito do trabalho, onde essas novas tecnologias de informação afetam a relação de trabalho entre empregados e empregadores a tal ponto que alteram substancialmente o contrato de trabalho.

¹⁴ Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. § 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 mai. 2023.

¹⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2023.

Pode-se dizer que esse avanço começou com o uso de celulares, pagers, pagers, etc., que permitem que os funcionários se desloquem dentro da empresa ou até mesmo fora dela sem perder o contato com o ambiente de trabalho garantindo assim aos Empregadores maior controle (CASSAR, 2011).

Com a Internet, o alcance do deslocamento pode ser ainda mais ampliado, visto que por meio de e-mail e programas específicos, um funcionário pode exercer suas funções remotamente e nem necessita do espaço físico da empresa para realizar suas tarefas, ampliando ainda mais o alcance de papéis de deslocamento no mercado de trabalho, como o home office ou o teletrabalho, cada vez mais presente nas atuais relações de trabalho (MELO, 2013).

Da mesma forma, ocorre no direito do trabalho, onde essas novas tecnologias de informação afetam a relação de trabalho entre empregados e empregadores a tal ponto que alteram substancialmente o contrato de trabalho.

Além disso, muitas vezes o trabalhador trabalha em dois turnos, pois após o horário normal de trabalho ele se mantém ativo por meio da tecnologia da informação. Essas novas formas de contato têm impactos positivos e negativos na vida dos funcionários, pois teoricamente permitem um maior contato com os familiares, pois os funcionários ainda realizam atividades em casa (NASCIMENTO, 2011).

Em contrapartida, o impacto negativo se deve justamente ao controle excessivo dos empregadores e à disponibilidade ininterrupta de trabalhadores proporcionada pelas novas tecnologias.

A utilização desta ferramenta de informação, se excessiva, pode acabar por afetar a vida privada do trabalhador, e quando o exercício de controle por parte da entidade patronal conduza ao prolongamento da jornada de trabalho fora do ambiente de trabalho, nesses casos é necessário seguir as orientações de Marcelo Moura (2014, p.167): “Equilibrar a necessidade de controle da atividade, com a preservação da vida íntima do empregado, considerando-se a particularidade do trabalho realizado em seu domicílio, é um dos desafios do mundo moderno”.

Dessa forma, a inserção desses mecanismos técnicos teve tal impacto nas relações laborais que foi necessário alterar a súmula nº 428 do TST, que começou a garantir pagamento de horas de sobreaviso precedentes do descanso, lazer, vida privada do empregado:

Súmula nº 428 do Tribunal Superior do Trabalho SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.¹⁶

No entanto, a súmula acima não salvaguarda adequadamente os direitos dos trabalhadores na medida em que refere que o simples facto de portar um telemóvel não

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 428. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428>. Acesso em: 21 mai. 2023.

significa que o trabalhador seja notificado, o que viola o seu direito de desobedecer às ordens do empregador, recorde-se que uma ligação a um dispositivo eletrônico é necessária interferir no direito ao lazer do trabalhador, afetando sua vida privada.

Com isso, ele só recebe integralmente quando o telefone toca e precisa atender a ligação do empregador. Além disso, tais tecnologias interferem diretamente no descanso dos funcionários, pois obrigam os funcionários a manter o foco e auxiliam os empregadores em emergências.

Assim, uma das consequências mais perniciosas da “sociedade da informação” no direito do trabalho é que os empregadores violam o direito ao descanso e ao lazer dos trabalhadores através do uso excessivo de novas tecnologias, fazendo com que os trabalhadores sucumbam a uma exaustiva jornada de trabalho para sustentar suas famílias, comprometendo a vida privada (CASTEL, 1999).

O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS EM RELAÇÃO AO DIREITO A DESCONEXÃO: UM TEMA CARENTE DE UNIFORMIDADE

Embora se reconheça que a disponibilidade ininterrupta de empregados é inadequada, há clara discordância entre os tribunais regionais do trabalho quanto à aplicabilidade da norma quando a jornada de trabalho não é clara, nem eles concordaram em trabalhar em regime de plantão, plantão ou sobreaviso base de trabalho equivalente, e limitar o horário de trabalho dos trabalhadores remotos.¹⁷

A falta de uniformidade se deve, em grande parte, a lacunas na legislação sobre o tema, uma vez que a jornada de trabalho não é especificamente regulamentada por meio do uso de novas tecnologias e meios de comunicação¹⁸.

Para encerrar o debate sobre o tema, surgiu a versão do Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho a súmula nº 428, que tentou regular a jurisprudência relativa ao tempo de permanência do empregado junto ao empregador. Usabilidade, simulada pelo art. 244, Seção 2 do Código Trabalhista, que originalmente se aplicava apenas aos trabalhadores ferroviários.

No entanto, permanece a discussão se o regime acima caracterizaria o empregado que deve portar algum tipo de dispositivo eletrônico como meio de comunicação com o empregador fora da jornada de trabalho.

Essa discussão continua porque a realização desse trabalho raramente é contratual, ou seja, não há acordo entre empregado e empregador sobre a realização de atividades fora dos dias de trabalho presenciais. Assim, um vínculo entre o empregado e o empregador é fornecido sem qualquer obrigação transacional entre as partes do contrato.

¹⁷ Mediante a pesquisa em inúmeros sites dos Tribunais do Trabalho, pautou-se pela análise das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho da 4ª e 5ª Regiões, sendo para isso de extrema relevância a acessibilidade das páginas, e, ainda, o fato de esses Tribunais apresentarem decisões com posicionamentos conflitantes.

¹⁸ Se percebeu em alguns sites uma precariedade dos mecanismos de busca e a dificuldade de acesso às informações, a exemplo do site do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

Por outro lado, no teletrabalho em que os serviços são prestados à distância, como discutido no capítulo anterior, as discussões giram em torno da necessidade de limitar o horário de trabalho, pois os funcionários têm dificuldade em se desconectar.

Diante dessas inconsistências, as decisões dos tribunais regionais do trabalho devem ser consistentes para garantir a segurança jurídica e econômica, pois a garantia do direito ao corte de energia elétrica tem consequências econômicas que oneram os empregadores.

CONSIDERAÇÕES FINAS

O direito à desconexão inclui o direito do trabalhador de utilizar seu tempo livre como bem entender, sem continuar preso ao trabalho. As consequências da violação desse direito são diversas e envolvem diversos benefícios trabalhistas, como horas extras, adicional noturno, sobreaviso e sobreaviso. Neste percurso, as perturbações mais significativas verificaram-se durante a jornada de trabalho e os respectivos períodos de descanso dos trabalhadores.

Além disso, o impacto da não conformidade não se limita ao valor monetário, mas afeta também a saúde física e mental dos colaboradores. Por outro lado, enfatiza-se que o cumprimento dos direitos de desligamento também beneficia os empregadores que estão utilizando plenamente sua força de trabalho se o funcionário se recuperar totalmente.

Além disso, respeitar o direito de desligamento do empregado pode evitar que o empregador incorra em custos decorrentes de acidentes de trabalho por excesso de jornada de trabalho. A Justiça do Trabalho tem enfrentado esse desrespeito aos direitos dos trabalhadores, porém, não tem havido uma posição pacífica sobre a questão. Analisando os acórdãos das Varas do Trabalho da Quarta e Quinta Comarcas, embora tenham analisado conjuntamente documentos, provas periciais e testemunhais, seus posicionamentos parecem ser extremamente contraditórios.

Como se vê, o TRT da 4ª Região preocupa-se em identificar especificamente as particularidades de cada caso e interpretar a súmula nº 428 do Tribunal Superior do Trabalho para adequá-la às necessidades, quando aplicável.

O TRT da 4ª região preocupa-se com a solução dos conflitos existentes na relação de trabalho no ramo trabalhista em geral, e não apenas com a resolução final dos conflitos entre as partes. Isso se confirma quando se considera que o empregador é repreendido por danos morais ou existenciais por violação do direito do desligamento do empregado, pois resta ressaltar o caráter educativo da repreensão para evitar futuras violações dos direitos do empregado.

Em contrapartida, o Tribunal regional do Trabalho da Quinta Região tende a se limitar à interpretação da Súmula nº 428 do Tribunal Superior do Trabalho, que se limita à sua aplicação literal, violando o direito à mobilidade do empregado, configurando, portanto, a notificação sistema de modo a atingir as condições adicionais correspondentes.

Além disso, outra razão apontada pelo tribunal é que os empregados têm liberdade para escolher se querem fazer horas extras, aceitando continuar trabalhando em horários

diferentes do dia, o que não parece razoável no atual mercado de trabalho, dada a legalidade inadequação da carga do empregado.

Como se depreende da análise jurisprudencial realizada no presente trabalho, o judiciário não se esqueceu desse crescimento exponencial da tecnologia nas relações trabalhistas, pois os tribunais utilizam direitos fundamentais como saúde, segurança do trabalho, lazer etc.

Parece, portanto, necessária uma regulamentação específica que regule o direito dos trabalhadores, ou pelo menos respeite os direitos já consagrados na Constituição Federal e leis trabalhistas. Para tanto, é preciso conscientizar a classe patronal de que o cumprimento das normas trabalhistas trará benefícios aos empregadores, empregados e beneficiários dos serviços devido ao melhor desempenho das atividades, menor custo com pessoal e interesse dos usuários na satisfação de bens ou serviços. Por fim, é importante perceber que o respeito às normas trabalhistas é fundamental para que o empregado possa assegurar seus direitos fundamentais e usufruir de suas folgas com total liberdade.

REFERÊNCIAS

AUAD, Denise. Os Direitos Sociais na Constituição de Weimar como Paradigma do Modelo de Proteção Social da Atual Constituição Federal Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 337/355, jan./dez. 2008.

BATISTA, Flávio Roberto. Apontamentos Críticos para uma história do Direito Previdenciário no Ocidente Capitalista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 1 n. 11, p. 143-176, jan./fev. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 202.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 mai. 2023.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 9.ed. São Paulo: Método, 2014, p. 653

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 653.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 1025.

CARREIRO, Libia Martins. Morte por excesso de trabalho (Karoshi). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/carreiro_morte_japao_karochi.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2023.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v. I. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 64/65.

COIMBRA, Rodrigo. Fundamentos e evolução da limitação constitucional da duração do tempo de trabalho no brasil. *E-Pública*, Lisboa, v. 3, n. 1, p. 184-206, abr. 2016. Disponível em https://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 22 de maio 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAL ROSSO, Sadi. (2011). Tempo de trabalho. In D. A. Cattani & L. Holzmann (Orgs.). Dicionário de trabalho e tecnologia (pp. 418-422). Porto Alegre: Zouk.

DAL ROSSO, Sadi. Jornada de trabalho: duração e intensidade. Cienc. Cult., São Paulo, v. 58, n. 4, p.31-34, Dec. 2006. Disponível em: https://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000400016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 de mai. 2023

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. LTr, 18 ed. São Paulo, 2019.

GAULEJAC, Vincent de. (2007). Gestão como doença social. Aparecida: Ideias & Letras.

HARFF, Rafael Neves. Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 13, n. 205, p. 53-74, jul. 2017.

LIMA, José Amaro Barcelos. A sobrejornada e os acidentes de trabalho. VII Congresso Nacional de Excelência e Gestão. Disponível em: < http://www.excelenciaemgestao.org/portals/2/documents/cneg7/anais/t11_0366_1870.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2023.

MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA,

Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). Direito do trabalho. Belo Horizonte: FUMARC, 2015, v. 2, p. 510.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito de desconexão do trabalho. NTC. 2003. Disponível em: <<http://www.jorgesoutomaior.com.>>. Acesso em: 22 de mai. 2023, p. 2.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 540.

MARTINS. Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 540.

MARX, Karl. O capital. Crítica da Economia Política. Tradução da 3ª edição alemã, por Bamuel Moore e Edward Aveling, editora Charles H. Kerr & Company, 1909. Parte superior do formulário

MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 76.

MORAES, Evaristo de. Apontamentos de Direito Operário. LTr, São Paulo, 1998.

MOURA, Marcelo. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 324.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro. A Constituição de Weimar e os Direitos Fundamentais Sociais - A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Revista de informação legislativa, Brasília, vol. 43, n. 169, jan./mar. 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. FILHO, Rodolfo Pamplona. Repertório de Conceitos Trabalhistas. v. I. Direito Individual. São Paulo: LTr, 2000, p. 452.

SOUZA, Washington José de; OLIVEIRA, Marcos Dias de. Fundamentos da gestão social na revolução industrial: leitura e crítica aos ideais de Robert Owen. Organ. Soc., Salvador, v. 13, n. 39, p. 59-76, Dec. 2006. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302006000400004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 de mai. 2023.

Justiça ambiental e sustentabilidade: o papel do direito na preservação do meio ambiente

Edinaldo Inocêncio Ferreiro Junior

Graduado em Gestão Pública pela Ulbra; Graduado em Direito pelo CEUNI-FAMETRO; Licenciado em Pedagogia pelo Centro Universitário EPET; Pós-graduado em Direito Militar pela Unibagozzi; Pós-graduado em Direito Ambiental; e em Criminologia e Direito Penal pela Uninter; Mestrando em Engenharia, Gestão de Processos, Sistemas e Ambiental pelo ITEGAM; Advogado. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2516337673524886>

RESUMO

Este estudo tem como objetivo analisar o papel do Direito na promoção da justiça ambiental e sustentabilidade, destacando sua relevância na preservação do meio ambiente. A justiça ambiental busca garantir a equidade no acesso a um ambiente saudável, enquanto a sustentabilidade visa a preservação dos recursos naturais para as gerações futuras. O Direito desempenha um papel fundamental na criação, implementação e aplicação de normas e políticas que promovem a justiça ambiental e a sustentabilidade. Por meio de uma abordagem multidisciplinar, este artigo explora as interseções entre o Direito, o meio ambiente, a justiça e o desenvolvimento sustentável. Em contexto geral, apresentamos a evolução do conceito de justiça ambiental e seu marco histórico, bem como a relação entre sustentabilidade e Direito. Em seguida, estabelecemos os objetivos deste estudo, que são investigar o papel do Direito na promoção da justiça ambiental e analisar sua contribuição para a sustentabilidade e preservação do meio ambiente. A justificativa para esta pesquisa reside na importância de compreender as interações entre o Direito, o meio ambiente e a sociedade, reconhecendo que normas e políticas jurídicas desempenham um papel crucial na busca por justiça e sustentabilidade ambiental. A proteção ambiental é uma preocupação global, uma vez que a degradação do meio ambiente afeta negativamente a qualidade de vida das pessoas, a biodiversidade e o equilíbrio dos ecossistemas. Nesse contexto, o Direito desempenha um papel essencial na definição de responsabilidades, na garantia de direitos e na implementação de medidas para a proteção ambiental. A relevância deste estudo reside na necessidade de abordagens eficazes para enfrentar os desafios ambientais e promover uma transição para um modelo sustentável de desenvolvimento. O Direito oferece instrumentos e mecanismos legais que podem contribuir para a justiça ambiental e a sustentabilidade, abordando questões como a proteção de ecossistemas frágeis, a gestão adequada de recursos naturais, a prevenção da poluição e a responsabilização por danos ambientais. Compreender o papel do Direito nesse contexto é fundamental para promover uma sociedade mais equitativa e ambientalmente responsável. Quanto à metodologia, este artigo se baseia em uma revisão bibliográfica e análise crítica de literatura acadêmica e jurídica relacionada aos temas de justiça ambiental,



sustentabilidade e Direito. Também são explorados estudos de caso e exemplos práticos para ilustrar os pontos discutidos, visando uma compreensão abrangente das interações entre essas áreas. Em considerações finais, reforçamos a importância do Direito como um instrumento indispensável para a promoção da justiça ambiental e sustentabilidade. Através de normas jurídicas eficazes, é possível assegurar a equidade no acesso aos recursos naturais e prevenir a degradação ambiental. No entanto, são necessários esforços contínuos para enfrentar os desafios existentes na aplicação das leis ambientais e promover uma mudança efetiva na sociedade. O papel do Direito é fundamental para garantir um futuro sustentável para as gerações presentes e futuras.

Palavras-chave: direito ambiental. desenvolvimento sustentável. justiça ambiental. normas legais. sustentabilidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the role of law in promoting environmental justice and sustainability, highlighting its relevance in the preservation of the environment. Environmental justice seeks to ensure equity in access to a healthy environment, while sustainability aims at preserving natural resources for future generations. Law plays a fundamental role in creating, implementing, and enforcing norms and policies that promote environmental justice and sustainability. Through a multidisciplinary approach, this article explores the intersections between law, the environment, justice, and sustainable development. In a general context, we present the evolution of the concept of environmental justice and its historical framework, as well as the relationship between sustainability and law. Next, we establish the objectives of this study, which are to investigate the role of law in promoting environmental justice and to analyze its contribution to sustainability and environmental preservation. The justification for this research lies in the importance of understanding the interactions between law, the environment, and society, recognizing that legal norms and policies play a crucial role in the pursuit of environmental justice and sustainability. Environmental protection is a global concern, as the degradation of the environment negatively impacts people's quality of life, biodiversity, and ecosystem balance. In this context, law plays an essential role in defining responsibilities, guaranteeing rights, and implementing measures for environmental protection. The relevance of this study lies in the need for effective approaches to address environmental challenges and promote a transition to a sustainable development model. Law offers instruments and legal mechanisms that can contribute to environmental justice and sustainability, addressing issues such as the protection of fragile ecosystems, proper management of natural resources, pollution prevention, and accountability for environmental damages. Understanding the role of law in this context is crucial to promote a more equitable and environmentally responsible society. As for the methodology, this article is based on a literature review and critical analysis of academic and legal literature related to environmental justice, sustainability, and law. Case studies and practical examples are also explored to illustrate the discussed points, aiming for a comprehensive understanding of the interactions between these areas. In conclusion, we reinforce the importance of law as an indispensable instrument for promoting environmental justice and sustainability. Through effective legal norms, it is possible to ensure equity in access to natural resources and prevent environmental degradation. However, continuous efforts are needed to address the existing challenges in the application of environmental laws and promote effective societal change. The role of law is fundamental in guaranteeing a sustainable future for present and future generations.

Keywords: environmental justice. environmental law. legal standards. sustainability. sustainable development.

INTRODUÇÃO

A evolução do conceito de justiça ambiental. A justiça ambiental é um conceito que emergiu no contexto das crescentes preocupações com a degradação ambiental e as desigualdades sociais. Ao longo dos anos, houve uma evolução no entendimento desse conceito, que passou a abordar a equidade no acesso a um ambiente saudável, a proteção dos direitos das comunidades afetadas por danos ambientais e a busca por soluções justas para os problemas ambientais (Agyeman *et al.*, 2002). A sustentabilidade surgiu como uma resposta à crescente consciência sobre os impactos das atividades humanas no meio ambiente. O Relatório de Brundtland, publicado em 1987, foi um marco importante ao definir o desenvolvimento sustentável como aquele que atende às necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas próprias necessidades (WCED, 1987). Desde então, o Direito desempenha um papel fundamental na implementação de políticas e normas que promovem a sustentabilidade e a preservação do meio ambiente (Farber *et al.*, 2007).

Um dos objetivos deste estudo é analisar como o Direito atua na promoção da justiça ambiental. Isso envolve examinar as leis e regulamentos que visam garantir a equidade no acesso a um ambiente saudável, bem como a proteção dos direitos das comunidades afetadas por danos ambientais. Também será analisado o papel do sistema judicial na aplicação dessas leis e na busca por soluções justas para os problemas ambientais (FERREIRA JR., 2023). Outro objetivo deste estudo é investigar como o Direito contribui para a sustentabilidade e preservação do meio ambiente. Serão examinadas as normas legais e as políticas públicas relacionadas à gestão adequada dos recursos naturais, à prevenção da poluição, à proteção de ecossistemas frágeis e à responsabilização por danos ambientais (Farber *et al.*, 2007). Será analisado como o Direito estabelece diretrizes e incentivos para promover práticas sustentáveis e garantir a preservação do meio ambiente para as gerações futuras.

A justificativa deste estudo reside na importância de compreender as interações complexas entre o Direito, o meio ambiente e a sociedade. O Direito desempenha um papel crucial na definição de responsabilidades, na garantia de direitos e na implementação de medidas para a proteção ambiental. Compreender como essas interações ocorrem é fundamental para desenvolver estratégias eficazes que promovam a justiça ambiental e a sustentabilidade (FERREIRA JR., 2023). A relevância deste estudo está na necessidade de reconhecer o papel das normas e políticas jurídicas na busca por justiça e sustentabilidade ambiental. A proteção do meio ambiente é uma preocupação global, e a implementação de medidas efetivas requer a adoção de regulamentações e políticas adequadas. Destacar a importância dessas normas e políticas é essencial para promover uma compreensão mais ampla da relevância do Direito na preservação do meio ambiente e na promoção de uma sociedade mais justa e sustentável.

Em suma, este estudo busca explorar a relação entre Direito Ambiental, Desenvolvimento Sustentável, Justiça Ambiental, Normas Legais e Sustentabilidade, com o objetivo de investigar o papel do Direito na promoção da justiça ambiental e analisar sua contribuição para a sustentabilidade e preservação do meio ambiente. A importância desse estudo reside na necessidade de compreender as interações entre o Direito, o meio

ambiente e a sociedade, bem como reconhecer o papel crucial das normas e políticas jurídicas na busca por justiça e sustentabilidade ambiental.

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO AMBIENTAL NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL

Normas e princípios fundamentais de proteção ambiental

O Direito Ambiental desempenha um papel fundamental na promoção da justiça ambiental por meio da aplicação de normas e princípios que visam proteger o meio ambiente (PINTO, 2018). Essas normas estabelecem diretrizes e regras que regulamentam as atividades humanas, visando garantir a sustentabilidade e a preservação dos recursos naturais para as gerações presentes e futuras. Um dos princípios fundamentais do Direito Ambiental é o princípio do desenvolvimento sustentável. Esse princípio, consagrado no Relatório de Brundtland, publicado em 1987, estabelece que o desenvolvimento deve atender às necessidades presentes sem comprometer a capacidade das futuras gerações de atenderem às suas próprias necessidades (WCED, 1987). Em outras palavras, busca-se um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e social e a preservação dos recursos naturais.

Além do princípio do desenvolvimento sustentável, existem outros princípios que orientam a proteção ambiental. Entre eles, destacam-se o princípio da precaução, o princípio da prevenção e o princípio da participação. O princípio da precaução estabelece que, quando há incerteza científica sobre os impactos ambientais de determinada atividade, é necessário agir de forma preventiva, tomando medidas para evitar danos irreversíveis ao meio ambiente (REIGOTA, 2008). Já o princípio da prevenção busca evitar a ocorrência de danos ambientais, estabelecendo a responsabilidade de evitar a degradação do meio ambiente. O princípio da participação, por sua vez, assegura o envolvimento da sociedade nas decisões que afetam o meio ambiente, garantindo o acesso à informação e a participação efetiva nos processos decisórios (ANTUNES, 2012). Além dos princípios, as normas de proteção ambiental desempenham um papel essencial na promoção da justiça ambiental. Essas normas abrangem diversos aspectos, como a gestão adequada dos recursos naturais, a prevenção da poluição, a proteção da biodiversidade, a responsabilização por danos ambientais e a garantia de acesso à informação e à participação pública.

No que se refere à gestão dos recursos naturais, as normas ambientais estabelecem diretrizes para a exploração sustentável dos recursos, evitando a sua exaustão e garantindo a sua disponibilidade para as gerações futuras. Por exemplo, são estabelecidos limites para a extração de recursos naturais, como a água e os minerais, e são implementadas políticas de conservação e manejo adequado dos ecossistemas. A prevenção da poluição é outro aspecto importante das normas de proteção ambiental (FERREIRA JR., 2023). Essas normas estabelecem padrões de qualidade ambiental, limites de emissão de poluentes e regulamentam o manejo e disposição adequados dos resíduos. Dessa forma, busca-se evitar a contaminação dos recursos naturais e garantir a saúde e o bem-estar das comunidades.

A proteção da biodiversidade é um tema crucial abordado pelo Direito Ambiental. A perda de biodiversidade é uma ameaça global, e as normas de proteção ambiental

buscam preservar os ecossistemas e as espécies, estabelecendo áreas de conservação, regulamentando o comércio de espécies ameaçadas e promovendo a recuperação de habitats degradados (DIAS, 2019). No que diz respeito à responsabilização por danos ambientais, as normas ambientais estabelecem mecanismos de responsabilização civil, administrativa e penal para aqueles que causam danos ao meio ambiente. Esses mecanismos visam reparar os danos causados, punir os infratores e desencorajar condutas que possam resultar em impactos ambientais negativos (SILVA, 2017).

A garantia de acesso à informação e à participação pública é um aspecto fundamental para a promoção da justiça ambiental. As normas de proteção ambiental estabelecem o direito das pessoas de terem acesso às informações sobre questões ambientais, como os impactos de determinada atividade, os planos e programas de gestão ambiental, entre outros. Além disso, essas normas asseguram o direito de participação da sociedade nos processos decisórios, permitindo que as comunidades afetadas possam expressar suas opiniões, contribuir para a tomada de decisões e fiscalizar a implementação das políticas ambientais (LEITE, 2013). Em conclusão, as normas e princípios fundamentais de proteção ambiental desempenham um papel essencial na promoção da justiça ambiental. O Direito Ambiental estabelece diretrizes, regras e mecanismos de responsabilização que visam proteger o meio ambiente, garantir a sustentabilidade e preservar os recursos naturais para as presentes e futuras gerações. Através dessas normas, busca-se equilibrar o desenvolvimento econômico e social com a preservação ambiental, promovendo uma sociedade mais justa e sustentável.

Mecanismos legais para a reparação de danos ambientais

O Direito Ambiental desempenha um papel fundamental na promoção da justiça ambiental ao estabelecer mecanismos legais para a reparação de danos ambientais (MILARÉ, 2018). Esses mecanismos têm como objetivo responsabilizar aqueles que causam danos ao meio ambiente, garantindo a reparação dos danos causados, a punição dos infratores e a prevenção de futuros impactos ambientais negativos. A reparação de danos ambientais é uma importante ferramenta para restabelecer o equilíbrio ambiental e garantir a preservação dos recursos naturais. A contaminação de águas, a destruição de habitats naturais e a poluição do ar são algumas das formas em que os danos ambientais podem ocorrer (MILARÉ, 2018). Esses danos têm impactos diretos na biodiversidade, na saúde humana e no bem-estar das comunidades, além de comprometer a sustentabilidade dos ecossistemas.

No âmbito do Direito Ambiental, a responsabilidade civil ambiental é um dos mecanismos estabelecidos para a reparação dos danos causados ao meio ambiente. A responsabilidade civil ambiental prevê a reparação dos danos por meio do ressarcimento financeiro e pode ser atribuída a pessoas físicas ou jurídicas que, por ação ou omissão, causam danos ao meio ambiente (MILARÉ, 2018). Esses danos podem incluir a degradação de áreas protegidas, a contaminação de solos ou águas e a destruição de habitats de espécies ameaçadas. Além da responsabilidade civil, existem também mecanismos de responsabilidade administrativa e penal. A responsabilidade administrativa, visa punir os infratores por meio da aplicação de sanções administrativas, como multas, embargos, interdições, entre outras medidas (MILARÉ, 2018). Essas sanções têm o objetivo de

desencorajar condutas que possam resultar em danos ambientais e assegurar o cumprimento das normas de proteção ambiental.

Já a responsabilidade penal, busca punir os responsáveis por infrações ambientais por meio da aplicação de penas criminais (MILARÉ, 2018). A legislação penal ambiental estabelece uma série de crimes ambientais, tais como desmatamento ilegal, tráfico de animais silvestres e poluição de rios. A aplicação de penas criminais tem como finalidade reprimir condutas graves que causam danos significativos ao meio ambiente, além de funcionar como um instrumento de prevenção, mostrando que a prática de crimes ambientais não será tolerada. Além dos mecanismos de responsabilização, o Direito Ambiental prevê também a adoção de medidas compensatórias e de mitigação de danos. Essas medidas têm como objetivo minimizar os impactos ambientais causados por determinada atividade ou empreendimento (MILARÉ, 2018). No caso de licenciamento ambiental, por exemplo, podem ser exigidas medidas de compensação, como a recuperação de áreas degradadas ou a criação de unidades de conservação, para compensar os impactos negativos gerados pelo empreendimento.

A reparação de danos ambientais também pode ser buscada por meio de ações judiciais. O sistema jurídico permite que indivíduos, organizações não governamentais e até mesmo o Ministério Público proponham ações judiciais visando à reparação de danos ambientais (MILARÉ, 2018). Essas ações podem buscar não apenas a reparação dos danos, mas também a adoção de medidas preventivas, como a suspensão de atividades poluidoras ou a implementação de programas de recuperação ambiental. É importante ressaltar, que a reparação de danos ambientais não se limita apenas à compensação financeira (MILARÉ, 2018). Ela pode envolver também a adoção de medidas de restauração e recuperação dos ecossistemas afetados. A restauração ambiental busca restabelecer as condições originais do ambiente degradado, promovendo a recuperação da vegetação, a reintrodução de espécies nativas e a reabilitação dos habitats. Essas medidas têm como objetivo não apenas compensar os danos causados, mas também promover a resiliência dos ecossistemas e garantir a sua sustentabilidade.

Em conclusão, os mecanismos legais para a reparação de danos ambientais desempenham um papel crucial na promoção da justiça ambiental. O Direito Ambiental estabelece mecanismos de responsabilização, compensação e mitigação que visam reparar os danos causados ao meio ambiente, punir os infratores e prevenir futuros impactos ambientais negativos (MILARÉ, 2018). Esses mecanismos garantem a proteção dos recursos naturais, a preservação da biodiversidade e a promoção de uma sociedade mais justa e sustentável.

DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA APLICAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

Efetividade das leis ambientais: obstáculos e soluções

A aplicação efetiva do Direito Ambiental é um desafio enfrentado em muitos países ao redor do mundo. Embora existam leis ambientais robustas e abrangentes, a efetividade

na sua implementação nem sempre é garantida (DIAS, 2019). A falta de cumprimento e o desrespeito às normas ambientais podem comprometer a proteção do meio ambiente e a promoção da sustentabilidade. Nesse contexto, é necessário identificar os obstáculos que dificultam a efetividade das leis ambientais e buscar soluções para superar esses desafios. Um dos principais obstáculos na aplicação do Direito Ambiental é a falta de fiscalização adequada. Muitas vezes, os órgãos responsáveis pela fiscalização ambiental não têm recursos suficientes, como pessoal qualificado, equipamentos e infraestrutura, para desempenhar suas funções de maneira eficiente (SILVA, 2017). A escassez de recursos limita a capacidade de monitoramento e controle das atividades que podem causar danos ambientais, dificultando a detecção de infrações e a aplicação das penalidades correspondentes.

Além disso, a corrupção e a impunidade também representam obstáculos significativos para a efetividade das leis ambientais. Em muitos casos, agentes públicos encarregados de fiscalizar e aplicar as normas ambientais podem estar envolvidos em práticas corruptas, aceitando subornos ou ignorando infrações em troca de benefícios pessoais (SILVA, 2017). Essa falta de integridade compromete a imparcialidade do sistema jurídico e enfraquece a aplicação efetiva das leis ambientais. Outro desafio está relacionado à complexidade das leis e regulamentos ambientais. O Direito Ambiental é um campo vasto e complexo, com diversas normas e regulamentações que podem ser difíceis de compreender e aplicar (DIAS, 2019). Isso pode levar a interpretações inconsistentes, lacunas na legislação e dificuldades na implementação prática das medidas de proteção ambiental. A falta de clareza e a complexidade excessiva das leis podem gerar incertezas jurídicas e dificultar o cumprimento das normas ambientais por parte dos setores público e privado.

A falta de conscientização e educação ambiental também é um desafio importante na aplicação do Direito Ambiental. Muitas vezes, a sociedade em geral e os profissionais envolvidos nas atividades potencialmente impactantes não possuem conhecimento adequado sobre as leis e regulamentos ambientais, bem como sobre os impactos ambientais decorrentes de suas ações (Ferreira JR., 2023). A falta de conscientização pode levar a comportamentos irresponsáveis e à falta de comprometimento com a proteção ambiental, dificultando a aplicação efetiva das leis. Diante desses desafios, é fundamental buscar soluções que promovam a efetividade das leis ambientais. Uma abordagem integrada e multidisciplinar é necessária para enfrentar esses obstáculos e criar um ambiente propício à aplicação efetiva do Direito Ambiental.

Em relação à falta de fiscalização adequada, é necessário fortalecer os órgãos de controle ambiental, fornecendo recursos adequados, treinamento e capacitação para seus funcionários. Além disso, é importante promover parcerias entre o setor público e o setor privado, envolvendo a sociedade civil e as organizações não governamentais na fiscalização e no monitoramento das atividades ambientais. Para combater a corrupção e a impunidade, é fundamental fortalecer os mecanismos de controle e transparência, promovendo a ética e a responsabilidade no exercício das funções públicas (GONÇALVES, 2019). Mecanismos de denúncia e proteção aos denunciantes também devem ser estabelecidos para incentivar a participação da sociedade na identificação e punição de práticas corruptas. No que diz respeito à complexidade das leis ambientais, é importante promover a simplificação e a

harmonização das normas, tornando-as mais acessíveis e compreensíveis para todos os envolvidos. A adoção de abordagens mais flexíveis, como incentivos econômicos e instrumentos de mercado, também pode ser explorada para promover a conformidade ambiental e facilitar a implementação das medidas de proteção ambiental.

Por fim, a conscientização e a educação ambiental devem ser priorizadas. É necessário investir em programas educacionais que abordem a importância da proteção ambiental, os direitos e responsabilidades dos cidadãos e das empresas, e as consequências ambientais das atividades humanas (GONÇALVES, 2019). A conscientização ambiental deve ser promovida desde a infância, integrando a temática ambiental nos currículos escolares e incentivando a participação da sociedade em campanhas e iniciativas de educação ambiental. Em suma, a efetividade das leis ambientais enfrenta desafios significativos, como a falta de fiscalização adequada, a corrupção, a complexidade das normas e a falta de conscientização. No entanto, por meio de abordagens integradas e soluções adequadas, é possível superar esses obstáculos e promover a aplicação efetiva do Direito Ambiental. A proteção do meio ambiente e a busca pela sustentabilidade exigem o comprometimento de todos os setores da sociedade, visando a uma gestão ambiental responsável e eficiente.

Participação pública e acesso à justiça na proteção do meio ambiente

A participação pública e o acesso à justiça desempenham um papel fundamental na proteção do meio ambiente e na aplicação efetiva do Direito Ambiental (Boer, 2019). A participação ativa da sociedade civil e o acesso aos tribunais e mecanismos legais são essenciais para garantir a transparência, a accountability e a legitimidade das decisões ambientais, bem como para promover a defesa dos direitos ambientais e a busca por soluções sustentáveis. A participação pública no processo de tomada de decisões ambientais permite que os cidadãos tenham voz e influência nas políticas e nas ações que afetam o meio ambiente. Ao envolver a sociedade civil, as comunidades locais e os grupos afetados, é possível obter uma visão mais abrangente e diversificada dos interesses e preocupações relacionados ao meio ambiente (MacKenzie E Kumar, 2018). Isso contribui para a formulação de políticas mais inclusivas e sustentáveis, que levem em consideração as necessidades e os valores da população.

Além disso, a participação pública fortalece a responsabilização dos tomadores de decisão e dos órgãos ambientais, uma vez que os cidadãos podem monitorar e questionar as ações governamentais, exigindo transparência e prestação de contas (Boyd, 2017). Através de consultas públicas, audiências e processos de engajamento, a sociedade civil pode apresentar informações, evidências e argumentos relevantes, influenciando as decisões e contribuindo para a implementação efetiva das leis e regulamentações ambientais. No entanto, apesar da importância da participação pública, muitas vezes ainda existem obstáculos para o pleno exercício desse direito. Barreiras como falta de informação adequada, restrições ao acesso a dados e documentos, falta de recursos para participação efetiva e falta de capacitação dos participantes podem limitar a eficácia da participação pública (Khalfan, 2018). Portanto, é necessário garantir que os processos de participação sejam inclusivos, acessíveis e transparentes, promovendo a igualdade de acesso e oportunidades para todos os interessados.

Em relação ao acesso à justiça na proteção do meio ambiente, é fundamental que os indivíduos e as comunidades tenham meios efetivos para buscar a reparação de danos ambientais, bem como para contestar decisões ou práticas que violem as leis e normas ambientais (Stephens, 2020). O acesso aos tribunais e a outros mecanismos judiciais, administrativos e alternativos de resolução de conflitos permite que as questões ambientais sejam levadas ao conhecimento das autoridades competentes e seja garantido o devido processo legal. No entanto, o acesso à justiça ambiental nem sempre é garantido de forma igualitária. Muitas vezes, os custos elevados, a complexidade dos procedimentos legais e a falta de conhecimento jurídico são obstáculos para que os indivíduos e as comunidades possam fazer valer seus direitos ambientais (Boyd, 2017). Além disso, a falta de recursos e a demora na resolução dos processos judiciais podem desencorajar as pessoas de buscar a justiça ambiental.

Para superar esses desafios, é necessário promover o acesso à justiça ambiental de forma ampla e efetiva. Isso inclui a redução de barreiras financeiras, como a disponibilização de assistência jurídica gratuita ou de baixo custo, bem como a simplificação dos procedimentos legais e a facilitação do acesso à informação e à evidência necessárias para a defesa dos direitos ambientais (UNEP, 2018). Além disso, é importante fortalecer a capacidade dos tribunais e dos órgãos judiciais para lidar com questões ambientais complexas. Isso pode envolver a criação de juizados especializados em meio ambiente, a capacitação de juízes e advogados em Direito Ambiental e a promoção da cooperação entre as instituições judiciais, os órgãos ambientais e a sociedade civil (Stephens, 2020).

Em suma, a participação pública e o acesso à justiça são pilares fundamentais na proteção do meio ambiente e na aplicação efetiva do Direito Ambiental. A participação ativa da sociedade civil permite que as decisões ambientais sejam mais democráticas, inclusivas e sustentáveis, enquanto o acesso à justiça ambiental garante que os direitos e interesses ambientais sejam protegidos e respeitados. Promover e fortalecer esses princípios é essencial para alcançar uma gestão ambiental responsável e garantir um futuro sustentável para as gerações presentes e futuras.

DIREITO, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E ECONOMIA VERDE

Instrumentos legais para a promoção de práticas sustentáveis

A promoção de práticas sustentáveis é fundamental para alcançar o desenvolvimento sustentável e a transição para uma economia verde. Nesse contexto, o uso de instrumentos legais desempenha um papel crucial na orientação e no incentivo às atividades econômicas e sociais em direção à sustentabilidade (Kiss E Shelton, 2017). Esses instrumentos legais fornecem o arcabouço jurídico necessário para regulamentar e promover práticas ambientalmente responsáveis e socialmente justas. Um dos instrumentos legais amplamente utilizados para a promoção de práticas sustentáveis é a legislação ambiental. Ela estabelece normas e padrões de proteção ambiental, bem como define os direitos e responsabilidades das partes envolvidas (Kiss E Shelton, 2017). A legislação ambiental abrange diversos aspectos, como controle da poluição, gestão de recursos naturais, conservação da biodiversidade, entre outros. Ao estabelecer regras claras e mecanismos de fiscalização, a

legislação ambiental cria incentivos para que empresas e indivíduos adotem práticas mais sustentáveis.

Outro instrumento legal importante é a criação de incentivos econômicos, como subsídios, créditos fiscais e certificações. Esses incentivos visam promover práticas sustentáveis por meio de estímulos financeiros, premiando empresas e organizações que adotam medidas ambientalmente responsáveis (Markell *et al.*, 2019). Por exemplo, incentivos fiscais podem ser oferecidos para empresas que adotam tecnologias mais limpas ou que reduzem suas emissões de gases de efeito estufa. Já as certificações, como selos de sustentabilidade, permitem que os consumidores identifiquem produtos e serviços que atendem a determinados critérios ambientais e sociais. Além disso, acordos internacionais também desempenham um papel importante na promoção de práticas sustentáveis. Esses acordos estabelecem compromissos e metas globais, incentivando os países a adotarem políticas e medidas em prol do desenvolvimento sustentável (Voigt, 2017). Um exemplo relevante é o Acordo de Paris sobre mudanças climáticas, que busca limitar o aumento da temperatura global e promover a transição para uma economia de baixo carbono.

É importante ressaltar que a eficácia dos instrumentos legais para a promoção de práticas sustentáveis depende de sua implementação adequada e do fortalecimento dos sistemas de governança ambiental (Voigt, 2017). Isso envolve a capacitação dos órgãos reguladores, a criação de mecanismos de monitoramento e avaliação, bem como o envolvimento da sociedade civil e das partes interessadas no processo de tomada de decisões. Em conclusão, a promoção de práticas sustentáveis é essencial para o desenvolvimento sustentável e a transição para uma economia verde. Os instrumentos legais desempenham um papel fundamental nesse processo, fornecendo o arcabouço jurídico necessário para orientar e incentivar a adoção de práticas mais sustentáveis. A legislação ambiental, os incentivos econômicos e os acordos internacionais são alguns dos instrumentos utilizados para promover a sustentabilidade. No entanto, é crucial garantir a implementação adequada desses instrumentos e fortalecer os sistemas de governança ambiental para que eles sejam efetivos na promoção de práticas sustentáveis.

Responsabilidade empresarial e sustentabilidade ambiental

A responsabilidade empresarial desempenha um papel crucial na promoção da sustentabilidade ambiental e no desenvolvimento sustentável. As empresas têm um impacto significativo no meio ambiente por meio de suas atividades e operações, e a adoção de práticas sustentáveis é fundamental para minimizar esse impacto (Bansal E DesJardine, 2014). A sustentabilidade empresarial envolve a integração de preocupações ambientais, sociais e econômicas em todas as áreas de atuação das empresas. A responsabilidade empresarial pode ser entendida em diferentes dimensões. Uma delas é a conformidade legal, em que as empresas devem obedecer às leis e regulamentos ambientais estabelecidos pelos governos (Bansal E DesJardine, 2014). Essa dimensão está relacionada à minimização dos impactos negativos no meio ambiente e à prevenção de danos ambientais por meio do cumprimento das obrigações legais.

Além da conformidade legal, as empresas podem assumir um compromisso voluntário com a sustentabilidade ambiental. Isso envolve a adoção de práticas ambientais

além das exigências legais, como a redução das emissões de gases de efeito estufa, a gestão eficiente de recursos naturais e a implementação de estratégias de economia circular (Schaltegger E Wagner, 2011). Essas ações demonstram o engajamento da empresa em minimizar seu impacto ambiental e contribuir para a sustentabilidade. A responsabilidade empresarial também se relaciona com a prestação de contas e a transparência. As empresas devem comunicar de forma clara e transparente suas práticas ambientais, seus objetivos e seus resultados para os stakeholders (Bansal E DesJardine, 2014). Isso permite que os diferentes grupos de interesse, como investidores, consumidores e comunidades locais, avaliem o desempenho ambiental das empresas e tomem decisões informadas.

Para promover a responsabilidade empresarial e a sustentabilidade ambiental, é importante que as empresas adotem abordagens de gestão ambiental eficazes, como a implementação de sistemas de gestão ambiental e a realização de auditorias ambientais (Schaltegger E Wagner, 2011). Essas abordagens fornecem estruturas e processos para identificar, monitorar e melhorar o desempenho ambiental das empresas. Em conclusão, a responsabilidade empresarial desempenha um papel fundamental na promoção da sustentabilidade ambiental. As empresas têm a responsabilidade de cumprir as leis e regulamentos ambientais, além de adotar práticas sustentáveis voluntárias e transparentes. A gestão ambiental eficaz e a prestação de contas são elementos-chave nesse processo, permitindo que as empresas minimizem seu impacto ambiental e contribuam para um desenvolvimento sustentável.

ABORDAGENS INTERNACIONAIS E TRANSNACIONAIS PARA A JUSTIÇA AMBIENTAL

Cooperação internacional e acordos ambientais globais

A cooperação internacional desempenha um papel fundamental na busca da justiça ambiental e na resolução dos desafios globais relacionados ao meio ambiente. Através de acordos ambientais globais, os países colaboram para enfrentar questões ambientais transnacionais e promover a sustentabilidade ambiental em escala global (Bodansky, 2016). Esses acordos estabelecem normas e diretrizes comuns que visam proteger o meio ambiente e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais.

Um exemplo significativo de cooperação internacional é a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, na sigla em inglês), assinada em 1992. A UNFCCC é um tratado global que visa estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera e enfrentar os desafios da mudança climática (Bodansky, 2016). Através dessa convenção, os países concordam em reduzir as emissões de gases de efeito estufa, adaptar-se aos impactos das mudanças climáticas e fornecer apoio financeiro e tecnológico aos países em desenvolvimento. Outro exemplo é a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), também assinada em 1992. A CDB tem como objetivo conservar a diversidade biológica, promover a utilização sustentável dos recursos naturais e garantir a participação justa e equitativa nos benefícios decorrentes do uso dos recursos genéticos (Bodansky, 2016). Através dessa convenção, os países se comprometem a implementar medidas para conservar os ecossistemas, proteger espécies ameaçadas e promover a transferência de tecnologia e recursos financeiros para países em desenvolvimento.

Esses acordos ambientais globais são fundamentais para a cooperação internacional e a busca pela justiça ambiental, pois fornecem uma estrutura legal e normativa para lidar com questões ambientais em escala global. Além disso, eles promovem a responsabilidade compartilhada e diferenciada entre os países, reconhecendo as diferentes capacidades e responsabilidades de cada um (Bodansky, 2016). Esses acordos também estabelecem mecanismos de prestação de contas e transparência, permitindo que os países sejam avaliados e monitorados em relação às suas ações e compromissos ambientais. No entanto, é importante destacar que a implementação efetiva desses acordos depende do compromisso e da cooperação dos países signatários. A falta de vontade política, recursos adequados e mecanismos de implementação pode limitar a eficácia desses acordos (Bodansky, 2016). Portanto, é necessário fortalecer a governança global e a cooperação entre os países, a fim de garantir a implementação efetiva dos acordos ambientais globais e promover a justiça ambiental em todo o mundo.

Ação climática e responsabilidades diferenciadas entre países

A ação climática e as responsabilidades diferenciadas entre os países são elementos-chave nas abordagens internacionais e transnacionais para alcançar a justiça ambiental. A mudança climática é um desafio global que requer a cooperação de todos os países para reduzir as emissões de gases de efeito estufa e mitigar os impactos negativos sobre o meio ambiente e as comunidades (Bodansky, 2016). No entanto, devido às diferenças históricas, econômicas e de capacidade, as responsabilidades dos países na ação climática são diferenciadas.

O princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, é um princípio-chave na UNFCCC e no Acordo de Paris (Bodansky, 2016). Esse princípio reconhece que os países desenvolvidos têm uma responsabilidade maior na redução das emissões, devido às suas maiores contribuições históricas para as mudanças climáticas e ao seu maior desenvolvimento econômico. Por outro lado, os países em desenvolvimento têm uma responsabilidade diferenciada, considerando suas necessidades de desenvolvimento sustentável e sua capacidade limitada para lidar com as mudanças climáticas. Através dessa abordagem, busca-se equilibrar a justiça ambiental e a equidade global, levando em conta as disparidades entre os países. Os países desenvolvidos são incentivados a reduzir suas emissões de forma significativa e fornecer apoio financeiro e tecnológico aos países em desenvolvimento para que possam enfrentar os desafios da mudança climática e promover o desenvolvimento sustentável (Bodansky, 2016).

Essa abordagem reconhece que a justiça ambiental requer ações proporcionais às capacidades e responsabilidades de cada país, evitando a imposição injusta de ônus sobre os países mais vulneráveis e menos desenvolvidos. Além disso, ela enfatiza a necessidade de cooperação internacional e solidariedade global para enfrentar a mudança climática de forma eficaz. No entanto, é importante ressaltar que as discussões sobre as responsabilidades diferenciadas entre os países na ação climática são complexas e continuam sendo objeto de debate. A definição e a implementação prática dessas responsabilidades requerem um diálogo contínuo e aprimoramento das políticas e acordos internacionais.

METODOLOGIA

A metodologia adotada no presente artigo baseou-se em uma abordagem qualitativa, por meio de revisão bibliográfica e análise de documentos relevantes. O objetivo foi examinar e compreender diferentes aspectos relacionados ao tema em questão, levando em consideração estudos e pesquisas prévias. A revisão bibliográfica consistiu na busca e análise de publicações científicas, livros, artigos, relatórios e outras fontes relevantes sobre o assunto. Foram consultadas bases de dados acadêmicas, como PubMed, Google Scholar e Scopus, bem como sites de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Organização Mundial da Saúde. A seleção dos materiais foi realizada com base em critérios de relevância, atualidade e qualidade científica.

Além disso, foram analisados documentos normativos e acordos internacionais pertinentes, como convenções e tratados relacionados à proteção ambiental e ao desenvolvimento sustentável (DIAS, 2019). Essa análise documental permitiu compreender as diretrizes, princípios e compromissos estabelecidos pelos países e organizações internacionais nessa área. As informações coletadas foram sistematizadas e interpretadas de forma a embasar a discussão presente no artigo. Foram identificados temas e pontos relevantes, que foram organizados em seções e subseções para facilitar a compreensão e a estruturação do texto. Cabe ressaltar que a presente metodologia se limita à revisão bibliográfica e à análise documental, não envolvendo coleta de dados primários ou realização de experimentos. Portanto, a análise e as conclusões apresentadas são baseadas em estudos e trabalhos previamente publicados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas considerações finais deste artigo, podemos destacar algumas reflexões importantes com base nas informações e discussões apresentadas anteriormente. O estudo abordou diversos aspectos relacionados à proteção ambiental, direito ambiental e desenvolvimento sustentável, destacando a importância da participação pública, acesso à justiça, responsabilidade empresarial, abordagens internacionais e ação climática. A seguir, são apresentadas as principais conclusões e recomendações. Ficou evidente que a participação pública e o acesso à justiça são pilares fundamentais na proteção do meio ambiente e na aplicação efetiva do direito ambiental. A participação ativa da sociedade civil no processo de tomada de decisões ambientais contribui para a elaboração de políticas mais inclusivas e sustentáveis. No entanto, é necessário superar obstáculos, como a falta de informação adequada e restrições ao acesso a dados e documentos, a fim de garantir uma participação efetiva e igualitária de todos os interessados.

No contexto empresarial, a responsabilidade empresarial e a sustentabilidade ambiental são temas relevantes. As empresas têm a responsabilidade de adotar práticas sustentáveis em suas operações, levando em consideração não apenas os aspectos econômicos, mas também os ambientais e sociais. A implementação de políticas e medidas de sustentabilidade pode contribuir para a redução de impactos negativos no meio ambiente e promover uma gestão responsável dos recursos naturais. As abordagens internacionais e transnacionais também desempenham um papel crucial na promoção da justiça ambiental.

A cooperação internacional e os acordos ambientais globais são mecanismos importantes para enfrentar desafios ambientais de forma conjunta e garantir a proteção dos recursos naturais em escala global. A implementação efetiva desses acordos requer a cooperação entre os países, a adoção de políticas e medidas concretas, e a mobilização de recursos adequados.

No que diz respeito à ação climática, é fundamental reconhecer as responsabilidades diferenciadas entre os países. Os países desenvolvidos, historicamente responsáveis por emissões significativas de gases de efeito estufa, devem assumir a liderança na redução de emissões e no apoio aos países em desenvolvimento para a adoção de práticas sustentáveis. É necessário promover a transferência de tecnologia e capacitar os países em desenvolvimento para enfrentar os desafios da mudança climática. Em suma, a proteção ambiental, o direito ambiental e o desenvolvimento sustentável são questões interconectadas e de extrema relevância para a promoção de um futuro sustentável. A participação pública, o acesso à justiça, a responsabilidade empresarial, as abordagens internacionais e a ação climática desempenham papéis cruciais nesse contexto. A implementação efetiva de políticas e medidas nesses domínios requer o engajamento de todos os atores envolvidos, desde os cidadãos até as empresas e os governos, para garantir a proteção do meio ambiente e o bem-estar das gerações presentes e futuras.

REFERÊNCIAS

AGYEMAN, J.; BULLARD, R.D.; EVANS, B. (Eds.). *Just sustainabilities: Development in an unequal world*. MIT Press, 2002.

ANTUNES, P.B. *Curso de Direito Ambiental*. 14. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

BANSAL, P.; DESJARDINE, M.R. *Business sustainability: It is about time*. *Strategic Organization*, v. 12, n. 1, p. 70-78, 2014.

BODANSKY, D. *The Paris climate change agreement: A new hope?* *American Journal of International Law*, v. 110, n. 2, p. 288-319, 2016.

BOER, B. *Public Participation in Environmental Decision-Making: Analyzing Brazil's Legal Framework*. *Environmental Law and Management*, v. 31, n. 5, p. 194-202, 2019.

BOYD, D.R. *The Right to a Healthy Environment: The Evolution of Legal Recognition*. *Journal of Human Rights and the Environment*, v. 8, n. 2, p. 133-155, 2017.

DIAS, G.F. *Educação Ambiental: princípios e práticas*. 15. ed. São Paulo: Gaia, 2019.

FARBER, D.A.; HELLER, M.A.; RUHL, J.B. *The choice between property rules and liability rules*. In: *Foundations of environmental law and policy*, 105-138. Aspen Publishers, 2007.

FERREIRA JR., E.I. *A tutela dos direitos humanos e a preservação ambiental na Amazônia: um estudo de caso do Estado do Amazonas sob a ótica do Direito Ambiental e Penal*. *Revista Cognition Juris*, v. 13, n. 47, p. 261-279, 2023.

GONÇALVES, C.R. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KHALFAN, A. Environmental Rights and Access to Justice: A Case Study of Tanzania. *Journal of East African Natural History*, v. 107, n. 1, p. 43-62, 2018.

KISS, A.; SHELTON, D. *International Environmental Law*. Cambridge University Press, 2017.

LEITE, J.R.M. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MACKENZIE, R.; KUMAR, S. Public Participation and Environmental Impact Assessment: Purposes, implications, and lessons for public policy making. *Environmental Impact Assessment Review*, v. 68, p. 34-42, 2018.

MARKELL, D.; RINGQUIST, E.J.; RABE, B.G. Greening Aid? Understanding the Environmental Impact of Development Assistance. *World Development*, v. 114, p. 97-111, 2019.

MILARÉ, E. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 10. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PINTO, C.A.M. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2018.

REIGOTA, M. *O que é educação ambiental*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

SCHALTEGGER, S.; WAGNER, M. Sustainable entrepreneurship and sustainability innovation: Categories and interactions. *Business Strategy and the Environment*, v. 20, n. 4, p. 222-237, 2011.

SILVA, J. A. *Direito Ambiental Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

STEPHENS, T. Environmental Justice and the Rule of Law: Lessons from South Africa. *Journal of Environmental Law*, v. 32, n. 3, p. 507-531, 2020.

UNEP (United Nations Environment Programme). *Access to Justice for Environmental Matters and the Pursuit of Sustainable Development*. Disponível em: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/26906/Access_to_Justice_for_Environmental_Matters_and_the_Pursuit_of_Sustainable_Development.pdf. Acesso em: 30 jun. 2023.

VOIGT, C. *Compliance and Effectiveness in International Environmental Law*. Edward Elgar Publishing, 2017.

WCED (WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT). *Our common future*. Oxford University Press, 1987.

A autotutela constitucionalizada e a cláusula resolutória expressa

Vinicius Sena Gomes de Moraes

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) especializado em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG. Bacharel em Direito. Servidor Público do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo.

Rubia Mafort Clementino Silva

Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Bacharel em Direito. Servidora Pública do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo.

Marina Minassa Manzano

Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especializada em Direito Administrativo - A Fazenda em Juízo pela Faculdade de Direito de Vitória. Possui Formação Executiva em Gestão da Saúde Suplementar pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada do Minassa Manzano Advocacia e Consultoria Jurídica.

RESUMO

O presente trabalho apresenta algumas considerações acerca do instituto da autotutela nas relações negociais, em paralelo à intuitiva necessidade de desjudicialização de determinados trâmites para a tutela de interesses, com o foco na figura da cláusula resolutiva expressa.

Palavras-chave: acesso à justiça. autotutela. desjudicialização. contratos. cláusula resolutiva expressa.

INTRODUÇÃO

Uma breve análise do retrato do nosso sistema judiciário segundo os dados do relatório “Justiça em números 2022”¹, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, mostra que o judiciário terminou o ano de 2021 com mais de 71 milhões de processos em tramitação, com o ingresso de quase 9 milhões de ações originárias no mesmo ano e com o total de despesas pelo Poder Judiciário no valor de R\$103.921.103.897 (valor correspondente a 12% do Produto Interno Bruto nacional e R\$ 394,62 por habitante).

Os proficientes José Laurindo de Souza Netto e Anderson Ricardo Fogaça já advertiam para o fato de que o acesso à Justiça vem sendo utilizado de maneira predatória: “os jurisdicionados enxergam a ação judicial como a porta de entrada para a resolução de seus problemas, e não como última ratio”², levando ao esgotamento do sistema tradicionalmente

¹ CNJ: Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números 2022. Brasília: CNJ, 2022, p. 31, 82. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em 26/06/2023).

² Ainda sobre a questão, os professores sentenciam que o “Nosso sistema, no entanto, padece de uma crescente perda de funcionalidade. Conforme dados do CNJ (2018), há cerca de 80,1 milhões de processos para cerca de 16.500 magistrados, com uma taxa de congestionamento de aproximadamente 74%, o que significa dizer que, de algum modo, nesses 30 anos decorridos desde



conhecido.

No entanto, a inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República) é princípio essencial à ordem democrática brasileira, que estabelece o acesso formal à justiça e, além disso, o acesso a uma justiça efetiva e tempestiva contra qualquer forma de ameaça ou violação a direito.³

Pela concepção clássica, o Estado tem o poder-dever-função de atuar como elemento pacificador de conflitos sociais, e promover a resolução de contendas ao substituir a vontade das partes, em condição imparcial, para declarar o direito e tutelá-lo.

Entretantes, a ideia mais moderna da jurisdição deve materializar na teoria as diversas transformações pelas quais passou o Estado nos últimos tempos.⁴ A arquitetura da jurisdição deve se pautar na ideia de que a tutela justa e tempestiva não é per si um monopólio do Poder Judiciário⁵, e deve abrir espaço para o fenômeno da desjudicialização⁶⁻⁷.

A partir do conceito mais moderno da jurisdição⁸ estabeleceu-se um sistema de justiça multiportas, favorecido com o advento do novo Código de Processo Civil, com equivalentes jurisdicionais e técnicas de tutela, mais rico em propostas de soluções para

a promulgação da Constituição Federal de 1988, ampliou-se inegavelmente o acesso à Justiça, mas há um longo caminho para que se possa alcançar um equilíbrio entre qualidade e quantidade, entre celeridade e efetividade da jurisdição. ” (DE SOUZA NETTO, J. L.; FOGAÇA, A. R.; GARCEL, A. A Desjudicialização como alternativa à crise da jurisdição na área da saúde: Judicialization as an alternative to the crisis of health jurisdiction. 2021, disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9760>. Acesso em: 08 dez. 2021).

3 TERRA, Aline de Miranda Valverde. SCHENK, Leonardo Faria. Inafastabilidade da Jurisdição e Autotutela: o exemplo da Cláusula Resolutiva Expressa. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro: 2019, vol. 20, n. 3, p. 2.

4 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito Processual Civil. Vol. 1, 23ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 205.

5 TERRA; SCHENK, 2019, p. 2.

6 Aline Terra e Leonardo Schenk dão conta de exemplificar a desjudicialização em rápido inventário das hipóteses (não exaustivo): “Em um inventário não exaustivo do fenômeno legislativo da desjudicialização podemos citar: a Lei nº 8.560/1992, que autorizou o reconhecimento da paternidade junto aos serviços de registro civil; a Lei nº 9.514/1997, que regulou os procedimentos de notificação do devedor e o leilão extrajudicial nos contratos de alienação fiduciária; a Lei nº 10.931/2004, que autorizou a retificação administrativa dos registros imobiliários; a Lei nº 11.101/2005, com a criação da recuperação extrajudicial das empresas; a Lei nº 11.481/2007, que cuidou da regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; a Lei nº 11.441/2007, que autorizou a lavratura de escritura pública, nos cartórios e tabelionatos, para os casos de inventário, partilha, separação e divórcio; a Lei nº 11.790/2008, que permitiu o registro das declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal; a Lei nº 12.133/2009, que permitiu a habilitação para o casamento perante o oficial do registro civil; a Lei nº 13.140/2015, marco da mediação, que regulou o procedimento da mediação extrajudicial, inclusive com a participação da administração pública. Os exemplos seguem com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) e com a reforma recente da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996)”. (TERRA; SCHENK, 2019, p. 4). Ainda sobre o fenômeno da desjudicialização, em consideração sobre o balanço necessário com a jurisdição: “É necessário que o Estado Brasileiro consiga conciliar a possibilidade de assegurar eixos para que os sujeitos possam tutelar seus próprios interesses, sem necessariamente terem que buscar o monopólio jurisdicional para tanto, embora também devam interceder para coibir abusos no uso de tais meios.” (CARREIRA, Arthur Moreira Ribas. A cláusula resolutiva expressa como meio efetivo de resolução extrajudicial. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Raquel Bellini de Oliveira Salles. 2014. Universidade Federal de Juiz de Fora, p. 17). Além disso, a Lei 6.015/73, artigo 216-B, alterada recentemente pela Lei 14.382/2022, traz expressa previsão da efetivação, pela via extrajudicial, de adjudicação compulsória de imóvel objeto de promessa de venda ou cessão.

7 Sobre os aspectos do acesso à Justiça, os professores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra discorrem sobre a essência da jurisdição e citam o caso da Lei de Arbitragem, em oportuna reflexão: “Essa garantia não é infringida pela Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 23.9.1996), que não mais submete o laudo arbitral à homologação pelo Poder Judiciário, produzindo ele os mesmos efeitos da sentença judicial (arts. 18 e 31). A eficácia arbitral é legitimada pela vontade das partes, manifestada ao optarem por esse modo de solução de seus conflitos e assim renunciando à solução pela via judicial;” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 83).

8 Acerca da dificuldade de conceituar jurisdição e sobre a ideia de mutação a ela atrelada, Marcelo Abelha Rodrigues faz oportuna consideração: “De todos os comentários acerca da jurisdição, talvez o que melhor tenha precisado a sua importância tenha sido o do mestre uruguaio Eduardo Couture, que em feliz assertiva disse: “O conceito de jurisdição é uma prova de fogo para os juristas’. No mesmo sentido, Calamandrei posicionou-se favorável à referida dificuldade, quando disse que não se pode dar à jurisdição uma definição para todos os tempos e para todos os povos.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 6ª edição. Grupo GEN, 2016, p. 79. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970765/>. Acesso em: 10 dez. 2021).

os diversos tipos de conflitos de interesses que a judicialização, considerada isoladamente, em contraposição aos problemas crônicos da justiça comum de sobrecarga dos tribunais, da complexidade da sua estrutura, das despesas altas com os processos e da morosidade para a resolução dos casos⁹.

Desse influxo, é possível enxergar no instituto da autotutela, hodiernamente estrangulado por restrições legais e estigmatizado – mas que deve ser ressignificado através de instrumentos eficientes e tempestivos garantidores dos negócios, como alternativa para a resolução de contendas e prevenção de crises, despontando, neste ambiente, a figura da cláusula resolutiva expressa, foco do presente estudo.

A cláusula resolutiva expressa constitui-se em cláusula contratual destinada a regular o direito à resolução contratual frente ao inadimplemento, funciona como mecanismo de alocação e disciplina os riscos contratuais¹⁰, inserida no negócio contratual de acordo com a autonomia da vontade das partes, em conformidade com uma visão mais abrangente de tutela, “não necessariamente coincidente com a atuação coativa do direito.”¹¹

O CONCEITO DA AUTOTUTELA

A ressignificação da autotutela

A ontologia da autotutela remonta aos primórdios da civilização humana, em que não existiam meios eficazes de proteção ao direito que não o emprego da força, da negociação, da mediação e conciliação¹².

Dimana do passado a herança estigmatizada da autotutela associada à noção primitiva do exercício arbitrário das próprias razões ou como fator de vingança privada, em que a tutela do interesse perseguido se resolve pela sobreposição à força.

Não por acaso o nosso ordenamento jurídico coloca a figura da autotutela em lugar com sérias restrições¹³, “podendo contar a dedo as situações em que é admitida como um método lícito de resolução de conflitos”¹⁴.

9 “Fatores como a sobrecarga dos tribunais, a complexidade da estrutura da Justiça Comum, pouco ou nenhum acesso do cidadão à Justiça, despesas altas com os processos e a solução rápida para os litígios, trouxeram à voga a discussão dessa necessidade alternativa de pacificação social. Por esses fatores surgiu a expressão desjudicialização [...]. (NETO, José Maia. Os direitos e garantias fundamentais alcançados pela razoável duração do processo: desjudicialização das relações jurídicas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5477, 30 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65429>. Acesso em: 13 dez. 2021).

10 (FARIAS, Cristiano Chaves de, NETTO, Felipe Braga, ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil. vol. único. 5ª ed. rev. ampl. E atualizada. Salvador: Juspodium, 2021, p. 830).

11 (DI MAJO apud SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Autotutela nas relações contratuais. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 65).

12 Marcelo Abelha Rodrigues, ao discorrer sobre a origem da jurisdição, tece considerações sobre as formas de tutelar os interesses nos primórdios da civilização: “Até se pode dizer que, mesmo quando não existente o Estado-juiz, era possível a pacificação dos litígios entre os indivíduos, já que – ainda que de forma violenta – os conflitos eram pacificados. Aliás, é cediço que nos primórdios da civilização humana não existiam meios eficazes de proteção ao direito, senão a chamada manus injectio (manus militari), ou seja, o emprego da força, da negociação, da mediação e conciliação para garantir a proteção de um interesse ou direito. Assim, quando não era resolvido de forma pacífica, o conflito desembocava para a autotutela, onde cada um defendia à força a sua pretensão”. (RODRIGUES, 2016, p. 79)

13 Raquel Bellini Salles (2019, p. 71) traz ao presente as razões proibitórias do conceito arcaico da autotutela: “As raízes dessa proibição encontram-se na reprovação das formas primitivas de justiça privada, não mais tolerada em fases mais evoluídas da civilização humana. Isso porque, ante a inexistência de um órgão estatal soberano e com autoridade suficiente para garantir o cumprimento do direito e superar os arroubos individualistas, a autotutela ‘não proporcionava a realização da justiça, mas a vitória do mais forte ou astuto sobre o mais fraco’.”

14 RODRIGUES, 2016, p. 97.

Raquel Bellini Salles, com a precisão peculiar de seu trabalho “Autotutela nas Relações Contratuais”, lembra o caráter excepcional com que são tratados os instrumentos da autotutela, ao tempo que chama a atenção para a não utilização em sua plenitude dos instrumentos disponíveis, até mesmo pela limitação na compreensão do instituto em uma arquitetura já defasada:

De fato, na experiência brasileira, os instrumentos de autotutela contratual ora são reconhecidos em caráter estritamente excepcional, sob a exigência de norma expressa que os autorize, a exemplo do direito de retenção, ora são atrelados a requisitos formais que restringem demasiadamente a aplicação, caso da exceção do contrato não cumprido e da cláusula resolutiva expressa, ora são pouco explorados, tais como o pacto marciano, alguns meios de resolução extrajudicial e as contratações substitutivas. Ademais, a formatação tradicional dos remédios de autotutela, mesmo quando admitidos, é ancorada em seu aspecto estrutural, ignorando sua função e as transformações pelas quais passou o direito das obrigações¹⁵.

A par de todo o cuidado que o sistema normativo reservou ao instituto da autotutela ao prever que os seus instrumentos somente serão admitidos quando previstos em lei, impende ressaltar o que observado por Aline Terra e Leonardo Schenk, obtemperando o outro lado da questão, com o devido registro de que “devem os operadores do direito garantir sua plena efetividade [dos instrumentos da autotutela], sendo-lhes defeso criar embaraços à sua aplicação.”¹⁶, destacando a relevante situação da cláusula resolutiva expressa, que por vezes é atingida por interpretação dada pelos Tribunais¹⁷ que subtraem o viés de autotutela do instrumento sem que para isso passe por uma justificação técnica e contemporânea sistematizada do instituto.

Autotutela constitucionalizada

A visão revigorada da autotutela propõe a ressignificação do arcaico conceito ligado ao uso abusivo e arbitrário da força e do ato atentatório à ordem pública e da paz social, para alcançar interpretação conforme a constituição, sobretudo à luz dos princípios da liberdade, da livre iniciativa, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, que lhe conferem a necessária legitimidade – não descurando da previsão de autorização legal para se compatibilizar com o ordenamento jurídico, e permite o desenvolvimento da sua capacidade, seja teórico ou prático, a exemplo da possível maximização de alguns instrumentos disponíveis ou do favorecimento ao desenvolvimento de novos meios de exercê-la.

¹⁵ SALLES, 2019, P. 24-25.

¹⁶ TERRA; SCHENK, 2019, p. 6. AFASTABILIDADE

¹⁷ A exemplo disso: “1. A ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a rescisão/resolução do contrato. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de ser imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos”. (AgInt no AREsp 734.869/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 19/10/2017); “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. NATUREZA DO CONTRATO CELEBRADO. ANÁLISE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AUSÊNCIA DE EFEITO AUTOMÁTICO. NECESSIDADE DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (AgRg no AREsp 175.485/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 17/12/2013); “ (...) 2. É imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos. 3. Por conseguinte, não há falar-se em antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra e venda, pois somente após a resolução é que poderá haver posse injusta e será avaliado o alegado esbulho possessório. (...) (REsp 620.787/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, REPDJe 15/06/2009, REPDJe 11/05/2009, DJe 27/04/2009).

No campo do direito civil constitucionalizado, a compreensão contratual da autotutela é ainda glosada por predicados normativos que impõe filtros de controle dos instrumentos disponíveis, como observa sistematicamente Raquel Bellini Oliveira Santos¹⁸:

Por conseguinte, na seara contratual, o uso dos instrumentos de autotutela deverá necessariamente respeitar valores existenciais e atentar para a ética que deve revestir as relações intersubjetivas. Deverá então submeter-se ao princípio da boa-fé objetiva, que guiará o seu modo de operação, isto é, o procedimento a ser seguido pela parte que se vale do instrumento, assegurando-lhe transparência e lealdade, bem como uma reação adequada e proporcional à lesão sofrida. Deverá, enfim, submeter-se ao princípio da vedação ao abuso, na medida em que somente será legítimo o uso do instrumento se respeitada a respectiva função que lhe é juridicamente reconhecida. A incidência da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso se afiguram como verdadeiros filtros de controle dos instrumentos de autotutela contratual, zelando pela segurança jurídica e pela confiança negocial. (SANTOS, 2019, p. 85)

De todo modo, a autotutela, enquanto equivalente jurisdicional, não passa ao largo do controle judicial, facultando ao agente prejudicado, ou ao menos imbuído da sensação de que esteja prejudicado, submeter ao poder judiciário a escrutinação das disposições do instrumento que regulamenta a autotutela para a verificação dos requisitos necessários à legitimação e validade da autotutela, como ainda a sua adequação e proporcionalidade. Os filtros de controle, prévios ou posteriores, mostram-se idôneos para afastar em definitivo a ideia do uso arbitrário das próprias razões ou força desmedida e injusta, e consolida o instituto como mecanismo funcionalizado e seguro para reger relações negociais.

A funcionalização da autotutela, especialmente diante do recorte metodológico proposto – contenção e prevenção de problemas decorrentes do inadimplemento nas relações negociais, inverte a lógica ineficiente de que somente através do Poder Judicial se poderia tutelar os interesses postos, o que possibilita tutelar extrajudicialmente, de maneira eficiente, célere e econômica, de modo a privilegiar o direito de crédito e poupar o credor do ônus da judicialização da questão – uma verdadeira inversão do ônus da aludida iniciativa.

DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E ALOCAÇÃO DE RISCOS

Sendo o contrato o instrumento por vocação para que os agentes de um negócio jurídico autorregulem os efeitos patrimoniais desejados, segundo a autonomia de suas vontades – observados os princípios da boa-fé objetiva e a sua função social, quando bem empregado, “[...] pode servir de instrumento legítimo para a promoção das atividades econômicas privadas, consagrando o valor constitucional da livre iniciativa (arts. 1º, IV; 170, caput, C.R.)”¹⁹.

Neste aspecto, os contratos consubstanciam instrumentos de gestão de riscos que repercutem na esfera patrimonial, tendo por finalidade distribuir os riscos de determinado segmento de atividade econômica entre os contratantes, ou mesmo não alocando deliberadamente os riscos econômicos no momento originário – figura do contrato incompleto, prevendo deveres e responsabilidades como forma de atingir os interesses dos envolvidos, caso a caso, de acordo com o programa contratual estabelecido.

¹⁸ SANTOS, 2019, p. 85.

¹⁹ TERRA, A. M. V.; BANDEIRA, P. G. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.6. out/dez. 2015, p. 3.

Assim, o sistema jurídico brasileiro concebe duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos, a gestão positiva e a gestão negativa²⁰. O exemplo da cláusula resolutiva expressa encontra sintonia justamente com a modalidade de gestão positiva de riscos e como se demonstrará, em linhas gerais, tem abrangente funcionalidade na alocação dos riscos.

A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA

A cláusula resolutiva expressa, a exemplo dos instrumentos de autotutela constantes no ordenamento jurídico brasileiro, tem previsão legal disposta no artigo 474, do Código Civil de 2002: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

Conforme dito, a cláusula resolutiva expressa constitui-se em cláusula contratual destinada a disciplinar o inadimplemento absoluto, e funciona como mecanismo de alocação e regulação dos riscos contratuais. O seu escopo é abrangente, “permite às partes distribuir as perdas decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais de forma ímpar, facultando-lhes valorar a relevância de cada obrigação e estabelecer as consequências de sua inexecução”²¹.

O inadimplemento absoluto ocupa papel central na disciplina da cláusula resolutiva expressa, encerrando, em si, risco contratual de destaque, a que busca o instituto regular os seus efeitos, dentro de um programa contratual, com a descrição dos fatos que se subsumirão à hipótese de lesão e as condições necessárias ao exercício da autotutela reativa àquela (autodefesa).

Mais ainda, verifica-se, caso a caso, que a cláusula resolutiva expressa, em sua leitura funcionalizada, conduz a espaço de gestão de outros riscos que não o inadimplemento absoluto isolado, de acordo com o programa contratual estabelecido entre as partes, a partir da descrição expressa das obrigações identificadas como essenciais²², “[...] ou de fortuito alocadas ao devedor, assim como os vícios ocultos capazes de comprometer irremediavelmente a utilidade da prestação cujo inadimplemento, superveniência, ou verificação ensejará a resolução extrajudicial.”²³

Pressupostos de aplicabilidade

Para que a cláusula seja válida com todos os seus efeitos, não considerada cláusula de mero estilo – impondo a convalidação do regime da cláusula resolutiva expressa para a da cláusula tácita – deverá observar o requisito de especificidade, e os contratantes se

²⁰ “[...] as partes, ao distribuírem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais, procedem à gestão positiva da álea normal. [...] Ao lado da gestão positiva da álea normalmente, os contratantes poderão optar por gerir negativamente os riscos econômicos previsíveis supervenientes, deixando, deliberadamente, em branco certos elementos da relação contratual, a serem determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna. Trata-se do contrato incompleto.” (TERRA; BANDEIRA; apud FERRO, 2015, p. 5).

²¹ (TERRA; SCHENK, 2019, p. 6).

²² “Tal repartição de riscos insere-se, assim, na causa concreta do contrato, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua função econômico-individual ou função prático-social, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes, seus interesses perseguidos in concreto, com base na qual se interpreta e se qualifica o negócio, em procedimento único e incindível”. (TERRA; BANDEIRA; 2015, p. 12).

²³ TERRA; SCHENK, 2019, p. 9.

incumbirem, como já dito, de especificar as obrigações, deveres e circunstâncias que a não observância resultará no descumprimento que ensejará a resolução extrajudicial.

Nessa linha de intelecção, vê-se que o requisito de especificidade é exigido com maior rigidez quando diante de assunção de riscos, visto tratar-se de exceção à regra, em balanço com a autonomia privada e operatividade, autorizada pelo artigo 393²⁴ do Código Civil. Em tais casos, a assunção do risco deve ser assumida expressamente pelo devedor, de maneira muito clara, com a indicação dos fatos pelos quais assumirá a responsabilidade.

Rigor semelhante é exigido nos contratos de adesão, que por sua característica restritiva ao sinalagma, deverá trazer na cláusula resolutiva expressa, de forma clara e precisa, quais as infrações contratuais resultarão na resolução extrajudicial.

Isto porque, a cláusula resolutiva expressa afasta o regime geral previsto para o inadimplemento das obrigações, simbolizado pela cláusula resolutiva tácita²⁵, em que a noção de corresponsabilidade entre as prestações é essencial e que depende, “[...] além da manifestação de vontade do interessado no desfazimento da relação descumprida, seja esse direito deduzido em ação ou em reconvenção, a fim de que sobrevenha sentença constitutiva negativa”²⁶, circunstância em que a essencialidade da obrigação descumprida é analisada posteriormente ao contrato, por agente externo à relação contratual²⁷. Tal quadro é bem distinto do estabelecido nos contratos em que contida a cláusula resolutiva expressa, vez que os contratantes avaliam, ex ante, as obrigações que o devedor se responsabilizará e que ensejarão prejudicialidade à utilidade delas esperada, constituindo a figura do inadimplemento absoluto e provocando a resolução extrajudicial (secundarização do papel do juiz), em defesa ao interesse do credor.

Sob outra perspectiva da abrangência do instituto, vislumbra-se a possibilidade da modulação da intensidade do inadimplemento por cláusula resolutiva expressa. Assim, podem os contratantes, em comum acordo, “modular” a intensidade do inadimplemento que consideram suficiente para provocar a resolução, tomando a exemplo, número determinado de parcelas inadimplidas²⁸.

Também, podem os contratantes se valerem de outros meios de autotutela como reforço dos efeitos da cláusula resolutiva expressa (aplicação simultânea de mais de um instrumento de autotutela) e mesmo evitar o ajuizamento de demanda para objetivar valores correspondentes a perdas e danos, como retenções pecuniárias (sinal, parcelas pagas etc.), para pagamento de valor previsto em cláusula penal²⁹.

²⁴ Código Civil, Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

²⁵ Para Rosendal, Netto, e de Farias (2021, p. 890) “Cláusula resolutiva expressa não são institutos análogos. Esta última sequer é uma cláusula. Trata-se de regra legal que não oferece as partes qualquer espaço para autodeterminar riscos contratuais. Ela demanda a apreciação judicial, diversamente do que ocorre com a cláusula resolutiva expressa.”

²⁶ TEPEDINO apud SALLES, 2019, p. 290.

²⁷ “A cláusula aqui referida não impede a verificação dos pressupostos de validade da resolução pelo Poder Judiciário, ela apenas inverte o ônus de tomar essa iniciativa. Se o devedor acredita que os pressupostos para a execução da cláusula não se verificaram no caso concreto, cabe a ele demonstrar tal fato em juízo. Contudo, o tribunal só poderá apreciar a verificação dos pressupostos, não podendo apreciar se o incumprimento, expressamente previsto na cláusula como ensejador do direito de resolver, é efetivamente tão grave que custe ao credor seu interesse na relação contratual. Se as partes previram aquele descumprimento, a vontade delas deverá prevalecer.” (FERRO, Thais Vianna. Gestão de riscos contratuais pela autonomia privada, 2015, p. 6, disponível em https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpq/pibic/relatorio_resumo2016/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Tha%C3%ADs_Ferro.pdf).

²⁸ SALLES, 2019, p. 286.

²⁹ SALLES, 2019, p. 286-287.

Diante da hipótese de obrigação que resulte no inadimplemento absoluto do devedor, conforme o caso concreto em observância ao programa contratual, e estando o credor em condições de exigir, em estado de adimplemento das obrigações assumidas, facultar-lhe-á exercer o direito potestativo de “[...] pedir a resolução do contrato, se não preferir lhe exigir o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”, conforme prevê o artigo 475 do Código Civil. Para tanto, o credor deverá comunicar o devedor da sua opção e, sendo o caso, declarar a resolução do contrato.

A doutrina de Raquel Bellini Salles³⁰ aclara o ponto:

Apesar de o art. 474 afirmar a sua eficácia de pleno direito, isto é, automaticamente, a resolução não se dá imediatamente com o inadimplemento, pois depende da manifestação do credor que dela se utiliza, declarando a resolução ao devedor. Trata-se de ‘declaração receptícia e, uma vez realizada, adquire caráter irrevogável’. Tal declaração, via notificação, não se confunde com a prévia interpelação para constituição em mora, que é sempre necessária nos casos de mora ex persona ou quando a lei ou os próprios contratantes a exigem para que a cláusula resolutiva expressa possa operar.

Apesar de não existir lei que estipule prazo para que o credor manifeste sua opção, as próprias partes podem ajustar prazo para o exercício da opção e comunicação, observando-se, em todo caso, o prazo prescricional do direito de fundo.

Para além da comunicação, há casos em que se exige a interpelação do devedor para a constituição em mora, oportunizando ao mesmo a chance de adimplir a obrigação e a conservar o negócio, caso em que decorrido o prazo concedido para o inadimplemento ou justificação, operar-se-á a eficácia da cláusula – não se dissipando, por isto, a necessidade de comunicar ao devedor a decisão de resolver o contrato, o que poderá ser feito, inclusive, por meio da própria interpelação.

Neste ponto, a necessidade de interpelação incidirá quando não houver termo certo para o cumprimento da prestação (mora ex persona), ou, ainda que haja termo certo, a lei assim o exigir. No entanto, nada impede que os contratantes estipulem contratualmente a necessidade de prévia interpelação quando o cumprimento da prestação tiver termo certo, dando nova oportunidade para o cumprimento ou mesmo demonstrar que o inadimplemento não é a ele imputável.

Breves considerações sobre a questão da resistência à eficácia da cláusula resolutiva expressa. O caso da aquisição da casa própria.

Em muitos dos casos em que postos direitos de especial grandeza, como o direito à moradia, exige-se o cumprimento de formalidades especiais para que possam ocorrer os efeitos da cláusula resolutiva expressa, impondo-se a exigência da prévia interpelação.

No entanto, uma distorção apresentada em parcela significativa da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, sobre a compreensão da cláusula resolutiva expressa nos contratos de aquisição de imóvel e a necessidade de manifestação judicial para resolução do contrato, constitui exigência de cumprimento de formalidade em descompasso com o ordenamento jurídico.

³⁰ SALLES, 2019, p. 291.

Em dedicada advertência sobre a questão, Aline de Miranda Valverde Terra e Leonardo Faria Schenk³¹ apontam as cautelas limítrofes exigidas por lei desde o Decreto-Lei n.º 745/69 e a Lei n.º 6.766/79, que exceptuavam o Código Civil, ao objetivar a inserção, no ordenamento jurídico, de ponderação aos interesses considerados:

(...) é preciso atentar para o fato de que o Decreto-Lei n.º 745/69 e a Lei n.º 6.766/79 já flexibilizaram o rigor da disciplina do Código Civil, exigindo notificação do promitente comprador para sua constituição em mora, mesmo que haja termo de adimplemento contratualmente ajustado ou cláusula resolutiva expressa. No entanto, essa é a única peculiaridade que referidas leis impõem, nada mais; após a notificação, tudo deve se passar consoante a especial disciplina da cláusula resolutiva expressa: resolve-se a relação obrigacional extrajudicialmente. (SCHENK, 2019, p.2)

Posteriormente editou-se a Lei n.º 13.097, de 19 de janeiro de 2015, com o objetivo de clarificar a norma aplicável à hipótese, e explicitou-se, no art. 62, que alterou a redação do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 745/69:

Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação.

Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora.

Conquanto a própria lei realize as ressalvas intuitivas para a equalização dos interesses postos a nível social e político, as decisões que extrapolaram as exigências legais se basearam, em sua maior parte, em um credo paternalista da necessidade de escrutinar os pressupostos justificativos da cláusula resolutiva expressa antes da resolução do contrato, sob o manto genérico da observância à boa-fé objetiva como limitador da eficácia da cláusula.

Vale citar excerto do que julgado no REsp 237.539/SP, de relatoria do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar, publicado em 08.03.2000, e que estabeleceu fundamentação então reproduzida em julgamentos mais recentes do Tribunal da Cidadania, a exemplo do REsp n.º 620.787/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em abril de 2009. Confira-se:

Logo, o litígio há de ser solucionado em Juízo, e no processo será apreciada não apenas a existência da cláusula, mas também a verificação das circunstâncias que justifiquem a resolução do contrato, pois bem pode acontecer que o inadimplemento não tenha a gravidade suficiente para extinguir o contrato. Com isso quero dizer que a cláusula de resolução expressa não afasta, em princípio, a necessidade da manifestação judicial, para verificação dos pressupostos que justificam a cláusula de resolução. A própria lei já tratou de flexibilizar o sistema do Código ao exigir a notificação prévia (art. 1º do DL 745/69), a mostrar que as relações envolvendo a compra e venda de imóveis, especialmente em situação como a dos autos, de conjunto habitacional para população de baixa renda, exigem tratamento diferenciado, com notificação prévia e apreciação em concreto das circunstâncias que justificam a extinção do contrato, atendendo ao seu fim social. No sistema brasileiro, a regra é que a resolução ocorra em juízo, uma vez que somente ali poderá ser examinada a defesa do promissário, fundada, entre outras causas, em fato superveniente e no inadimplemento substancial, as quais, se presentes, impediriam a extinção do contrato.

³¹ 2019, p. 2.

Ainda no REsp n.º 620.787/SP, extrai-se o reforço argumentativo encontrado em julgados mais atuais, refletindo a posição jurisprudencial ressonante daquela Corte, ao menos até há pouco tempo.

Há de se levar em consideração, ainda, a necessidade de observância da boa-fé objetiva dos contratos, como bem adverte Luiz Felipe Silveira Difini em artigo sobre o tema:

‘No direito brasileiro, parece fora de dúvida que o conteúdo e a forma de exercício dos direitos advindos da cláusula resolutória estabelecida em contrato estão sujeitos a controle judicial. Inobstante o art. 474 do CC referir que ‘a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito’, se houver resistência da contraparte, quer quanto ao desfazimento do contrato, quer quanto a seus efeitos, necessária será a demanda judicial. A diferença é que a carga (preponderante) da sentença será declaratória (e não constitutiva negativa, como ocorre na resolução judicial). Mas o modelo da boa-fé objetiva, cuja concreção o juiz fará, determinará a admissibilidade da cláusula e os efeitos dela decorrentes (não se admitirá a previsão de cláusula em caso, por exemplo, de adimplemento substancial do contrato). ‘O controle do juiz, presente nos casos de resolução judicial, também deve ser feito sobre o contrato que prevê a cláusula resolutória, e aí até com mais razão, pois ordinariamente existe para benefício exclusivo do estipulante’. (...) no direito brasileiro, em seu atual estágio, como dissemos, não cabem tais dúvidas. A boa-fé objetiva, que os contratantes são obrigados a guardar na conclusão e na execução dos contratos, limita a admissibilidade e o exercício dos direitos advindos da cláusula resolutória’ (in “Resolução das Obrigações e a Cláusula Resolutória no Código Civil de 2002”, Revista Direito do Consumidor 53, Editora Revista dos Tribunais, ano 14, janeiro-março de 2005, p. 102-103).

Ao menos até há pouco tempo, reitera-se, apesar do Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, não ter reconhecido a eficácia da cláusula resolutiva expressa nos contratos de compra e venda de imóvel, dando tratamento próprio da cláusula resolutiva tácita, recentemente, a 4ª Turma, no REsp 1.789.863, em julgamento paradigmático – julgado em 10 de agosto de 2021, revisou o seu entendimento acerca da questão, em aparente superação jurisprudencial, com franco enfrentamento dos argumentos até aqui enaltecidos. Eis o excerto do que representa o núcleo da inovação:

(...) III. Inexiste óbice para a aplicação de cláusula resolutiva expressa em contratos de compromisso de compra e venda, porquanto, após notificado/interpelado o compromissário comprador inadimplente (devedor) e decorrido o prazo sem a purgação da mora, abre-se ao compromissário vendedor a faculdade de exercer o direito potestativo concedido pela cláusula resolutiva expressa para a resolução da relação jurídica extrajudicialmente. IV. Impor à parte prejudicada o ajuizamento de demanda judicial para obter a resolução do contrato quando esse estabelece em seu favor a garantia de cláusula resolutiva expressa, é impingir-lhe ônus demasiado e obrigação contrária ao texto expresso da lei, desprestigiando o princípio da autonomia da vontade, da não intervenção do Estado nas relações negociais, criando obrigação que refoge o texto da lei e a verdadeira intenção legislativa. (STJ, REsp 1.789.863/MS, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 10.08.2021).

A nova interpretação da Colenda Corte Especial parece ter ressignificado o instrumento de autotutela denominado cláusula resolutiva expressa, em leitura mais consentânea com o instituto e com tudo o que dito até aqui, alinhando-se com o espírito da Lei de Declaração da Liberdade Econômica (lei 13.874/2019), “[...] que defende a intervenção mínima nas relações negociais, ao lado de um movimento de desjudicialização, principiado há alguns anos”³². Resta aguardar a pacificação dos Tribunais Pátrios.

32 GARBI, Carlos Alberto. *A Cláusula resolutiva expressa e a judicialização do contrato*. 2021. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/novos-horizontes-do-direito-privado/351293/a-clausula-resolutiva-expressa-e-a-judicializacao-do-contrato>>. Acesso em 19/12/2021.

O instituto requer a verticalização da compreensão da técnica, passando o presente estudo longe da pretensão de exauri-la. A cláusula resolutiva expressa encerra, em última instância, uma opção ao credor de solução célere, extrajudicial, sem necessidade de intervenção judicial, que se bem utilizada permite ganho significativo em eficiência negocial quando comparada à cláusula resolutiva tácita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da autotutela funcionalizada, concebida em interpretação conforme a constituição, à luz dos princípios da liberdade, da livre iniciativa, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana estabelece via salutar à tutela tempestiva e eficiente de determinados interesses, fomentando, por consequência, o ambiente seguro ao desenvolvimento dos negócios. O instituto requer a verticalização da técnica, e tem potencial para o desenvolvimento de instrumentos capazes de conduzir a autonomia da vontade e a operatividade na cadeia de transferência de riquezas, com a capacidade de formatar meios reativos à lesão, de forma a preveni-la ou remediá-la.

Neste quadro delineado, destacou-se a figura da cláusula resolutiva expressa, vocacionada a disciplinar a gestão dos riscos contratuais e o inadimplemento absoluto, através da autonomia da vontade dos contratantes, em espaço inserido no programa contratual destinado à descrição dos fatos que configurarão a inutilidade da prestação perseguida pelo credor e que poderão resultar na resolução extrajudicial do contrato.

Dada a importância, encerra a cláusula resolutiva expressa verdadeiro catalisador da autonomia da vontade das partes, da liberdade e livre iniciativa, enquanto instrumento de desjudicialização, da defesa do direito do credor e da realização com eficiência superior à cláusula resolutiva tácita, promovendo, a todo efeito, dinamização das cadeias produtivas.

REFERÊNCIAS

CARREIRA, Arthur Moreira Ribas. A cláusula resolutiva expressa como meio efetivo de resolução extrajudicial. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Raquel Bellini de Oliveira Salles. 2014. Universidade Federal de Juiz de Fora, p. 1-48.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo, Malheiros, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em números 2021. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em 08/12/2021.

DE SOUZA NETTO, J. L.; FOGAÇA, A. R.; GARCEL, A. A Desjudicialização como alternativa à crise da jurisdição na área da saúde: Judicialization as an alternative to the crisis of health jurisdiction. Revista Direitos Humanos e Democracia. Revista Direitos Humanos e Democracia, [S. l.], v. 9, n. 17, p. 91–104, 2021. DOI: 10.21527/2317-5389.2021.17.9760. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9760>.

FARIAS, Cristiano Chaves de, NETTO, Felipe Braga, ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil – vol. único. 5ª ed. rev. ampl. E atualizada. Salvador: juspodium, 2021.

FERRO, Thais Vianna. Gestão de riscos contratuais pela autonomia privada. Departamento de Direito PUC/Rio. Rio de Janeiro, 2015, p. 1-19. Disponível em: <https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2016/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Tha%C3%ADs_Ferro.pdf>.

GARBI, Carlos Alberto. A Cláusula resolutiva expressa e a judicialização do contrato. 2021. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/novos-horizontes-do-direito-privado/351293/a-clausula-resolutiva-expressa-e-a-judicializacao-do-contrato>>.

NETO, José Maia. Os direitos e garantias fundamentais alcançados pela razoável duração do processo: desjudicialização das relações jurídicas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5477, 30 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65429>. Acesso em: 13 dez. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, Manual de Direito Processual Civil, 6ª edição. Grupo GEN, 2016.

ROPPO, Enzo. IL CONTRATTO. Bolonha: Il Mulino, 1977. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes. O CONTRATO. Coimbra: Almedina, 2009.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Autotutela nas relações contratuais. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. SCHENK, Leonardo Faria. Inafastabilidade da Jurisdição e Autotutela: o exemplo da Cláusula Resolutiva Expressa. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, 2019, Vol. 20, n. 3, pp. 1-19.

TERRA, A. M. V; BANDEIRA, P. G. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. Revista Brasileira de Direito Civil, v.6. Out/dez. 2015.

O surgimento dos memes e sua representação para a política

The emergence of memes and their representation in politics

Simone Alves Martins
Márcio Achtschin Santos

RESUMO

O estudo tem o objetivo de analisar como o meme surgiu na internet e o seu papel para a política. A pesquisa é definida como qualitativa e descritiva, com técnica de coleta de dados bibliográfica. Os resultados apontam que foi possível concluir que os memes atuam como peças imprescindíveis para a política brasileira e não tem como falar em eleições sem tocar nessa ferramenta contemporânea que tem mudado as formas de comunicação política em nosso país. Eles atuam de forma efetiva na democracia participativa através das redes sociais, podendo indicar uma nova tendência de análise capaz de percebê-los como ferramentas que possam modificar a opinião pública dos internautas.

Palavras-chave: memes políticos. democracia. redes sociais.

ABSTRACT

The study aims to analyze how the meme emerged on the internet and its role in politics. The research is defined as qualitative and descriptive, with a bibliographic data collection technique. The results indicate that it was possible to conclude that memes act as essential pieces for Brazilian politics and there is no way to talk about elections without touching this contemporary tool that has changed the forms of political communication in our country. They act effectively in participatory democracy through social networks, which may indicate a new trend of analysis capable of perceiving them as tools that can modify the public opinion of Internet users.

Keywords: political memes. democracy. social media.

RESUMEN

El estudiar tiene como objetivo analizar cómo surgió el meme en internet y su papel en la política. La investigación se define como cualitativa y descriptiva, con técnica de recolección de datos bibliográficos. Los resultados indican que fue posible concluir que los memes actúan como piezas esenciales para la política brasileña y no hay forma de hablar de elecciones



sin tocar esta herramienta contemporánea que ha cambiado las formas de comunicación política en nuestro país. Actúan efectivamente en democracia participativa a través de las redes sociales, lo que puede indicar una nueva corriente de análisis capaz de percibir las como herramientas que pueden modificar la opinión pública de los internautas.

Palabras clave: memes políticos. democracia. redes sociales.

INTRODUÇÃO

Os memes surgiram e fizeram da internet seu campo de perpetuação. Para alguns autores eles são o novo fenômeno da sociedade contemporânea, para outros eles modificaram a forma de fazer política on-line (CHAGAS, 2020; POPOLIN, 2019; SHIFMAN, 2020; CHAGAS *et al.*, 2017). Esse termo, que ganhou destaque nas mídias digitais, foi empregado pela primeira vez pelo biólogo e geneticista Richard Dawkins, em 1976, com a publicação do seu livro “O Gene Egoísta”, em que é feita uma associação do gene humano com o meme.

Nesse livro, Dawkins (2001) argumenta que tudo que é novo para o homem pode ser entendido através da evolução cultural, oriundos da linguagem, da vestimenta, dos costumes, da alimentação, da arte ou tecnologia que evoluem de maneira parecida com a evolução genética. Para dar um nome que soasse parecido com a palavra gene, o autor escolheu a palavra mimeme, pois provém de uma raiz grega e que significa imitação, o que serviu muito bem para denominar esse novo tipo de replicador que “[...] ainda está em sua infância, vagueando desajeitadamente num caldo primordial, mas já está conseguindo uma mudança evolutiva que deixa o velho gene muito atrás (DAWKINS, 2001, p. 214).

Dentro desse cenário, os memes podem ser qualquer matéria que se possa replicar, podendo ser citado como exemplo as melodias, as ideias, os slogans, o vestuário ou moda. No mesmo entendimento Araújo (2012, p. 15) ressalta que da mesma forma que os genes pulam de corpos em corpos através dos espermatozoides ou óvulos os memes pulam de cérebro em cérebro por meio do processo de imitação “[...] sem a interferência direta e determinante de terceiros e sem um filtro de finalidade ou eficácia”.

Sob esse olhar, eles podem ser vistos como expressões culturais que são plantadas em mentes férteis e fazem do cérebro um veículo de propagação (DAWKINS, 2001) e começaram a ocupar espaço na cultura popular como artefatos simbólicos tidos como melodias, bordões, imagens, moda, vestuário ou tudo aquilo que contaminasse a mente humana ao ponto de ser repassado adiante pelos receptores (SHIFMAN, 2020).

Por fim, o objetivo desse artigo é analisar como o meme surgiu na internet e como eles são vistos pelo marketing político nas eleições.

METODOLOGIA

Trata-se de um estudo de revisão bibliográfica realizado de forma sistematizada e sua construção se baseia nas discussões sobre o tema em literatura científica nacional e internacional. A construção ocorreu através de buscas levantadas das publicações indexadas

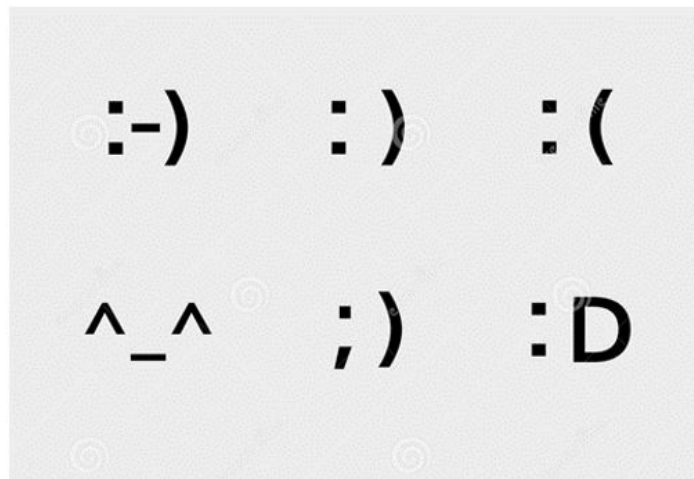
nas bases do Google Acadêmico, Scielo e Periódicos Capes em idiomas inglês, português e espanhol. As chaves de buscas foram: “memes”, “memes políticos”, “ciberdemocracia”, “eleições” e “política” e o recorte temporal escolhido foi entre os anos de 2000 a 2022.

Origem do meme na internet

Inicialmente é interessante trazer um breve histórico de como o meme ganhou notoriedade através da internet e ficou conhecido como “[...] um termo popular para descrever a rápida consolidação e disseminação de uma ideia particular, apresentada como um texto escrito, imagem, movimento de linguagem ou alguma outra unidade de matéria cultural” (KNOBEL; LANKSHEAR, 2020, p. 91). Para Shifman (2020) os memes de internet são vistos como conteúdos audiovisuais que podem ser observados como imagens publicadas nas redes e que trazem uma comunicação e/ou mensagem ao internauta.

A partir desse primeiro entendimento do que seja uma meme de internet é necessário a explanação de como se deram as primeiras aparições desse material nas mídias on-line. Existem três grandes momentos que fizeram com que o meme ganhasse destaque nas redes. A primeira se refere aos símbolos tidos como *emoticons*, em 1982, com Scott E. Fahlman ao tentar solucionar um problema que estava tendo com sua equipe da BBS do Carnegie Mellon, ao se comunicar através da internet. Para ele, estava havendo uma má interpretação dos textos, então resolveu adicionar um símbolo (marcador) no final da mensagem voltado para o humor; esse símbolo era :-), chamado de *emoticon* (DAVISON, 2020; BÖRZSEI, 2020), que são pictogramas de rostos criados a partir de caracteres existentes no teclado dos computadores. Observe a figura 1:

Figura 1 – Emoticons.



Fonte: Dreamstime (2018).

Essa carinha sorridente criada por Scott logo se tornou um meme que se disseminou pela forma de uso para o entretenimento. Mian e Castilho (2019) entendem que essas carinhas conhecidas como *emoticons* surgiram como forma de enaltecer a comunicação por expressões, que não são visíveis no ambiente on-line como o tom de voz, os gestos e as gesticulações faciais. Dessa forma, carregam em si várias funções no campo da transmissão de informação e podem trazer conteúdo positivo, negativo, sério ou engraçado, sempre voltados para o apelo emocional do receptor (DAVISON, 2020).

Após os *emocticons*, em 1998, o estudante Deidre LaCarte criou um *website* chamado Hamster Dance. Nele aparecia uma fileira de hamster dançando ao som de um *loop* de áudio de nove segundos. Seu sucesso foi inevitável e, em 1999, chegou a quinze mil visualizações por dia. Nesse caso, a única função do meme hamster é entreter e fazer com que as pessoas acessassem a página Hamster Dance para ver o espetáculo ali apresentado (DAVISON, 2020). Observem o conteúdo da página criada por Deidre LaCarte, na figura 2:

Figura 2 – The Hampster Dance.



Fonte: CBC Arts (2018).

Por fim, a terceira aparição fica a cargo de Joshua Schachter, um jovem de 24 anos, que em 1988 trabalhava no serviço de *weblog* chamado Memepool. Ele criou um site em que era possível agregar links virais de internet e, no ano 2000, em um festival realizado por um centro de pesquisas sobre virais na internet, o Contagious Media, seus links foram chamados de memes por serem virais. A partir disso “[...] o termo foi popularizado entre os participantes que passaram a utilizar meme para se referir a tudo que é espalhado na rede” (CANDIDO; GOMES, 2015, p. 02).

A partir desses eventos, a primeira onda de popularização de memes veio somente em 2010 com os *rage comics* “[...] que são tirinhas parecidas com os quadrinhos, mas que utilizam as chamadas rages faces, um tipo específico de meme que vem ganhando espaço e conquistando um público cada vez maior de internautas” (CANDIDO; GOMES, 2015, p. 04).

Figura 3 – Rage Comics.



Fonte: Frigideira (2018).

Essas imagens popularizam rapidamente através do Orkut e Facebook e um dos motivos principais da sua viralização é o humor latente transmitido através das características dos personagens com expressões faciais de fácil reprodução (CANDIDO; GOMES, 2015).

Nesse contexto, pode-se perceber que o humor é uma característica que fez com que os memes se popularizassem entre os internautas, através de suas piadas, besteiro ou “zueira” contidos dentro das imagens veiculadas nas redes. O termo “zueira”, significa brincar ou fazer piada, mas com a internet esse conceito se expandiu em fazer piadas à “la brasileira” através das mídias sociais (LUNARDI; BURGESS, 2020).

Dessa forma, “[...] o meme é considerado uma peça essencial da cultura popular brasileira e funciona como marca registrada dessa comunidade on-line, que é tão diferente da internet global” (LUNARDI; BURGESS, 2020, p. 428).

Por sua vez, Popolin (2019) e Schneider *et al.*, (2019) compreendem que o meme atua como um novo mecanismo para entender a cultura humana, principalmente ao falar de replicação de ideologias no novo espaço das plataformas digitais, eles aparecem como uma forma comunicativa e de interação que afetam nossas relações, nossa forma de consumir e produzir conteúdo.

Mian *et al.* (2019, p. 09) explica que os memes de cunho humorístico passam uma mensagem que vai muito além do humor, pois eles podem trazer um viés opinativo, crítico, emocional ou representar uma opinião, crença ou usar o humor para demonstrar o descontentamento atual com a política ou representantes públicos.

Vejamos exemplos de memes que foram veiculados para expor a inconformidade com a política, onde o humor foi usado para retratar críticas aos gestores públicos. Inicialmente, observa-se a imagem de crianças com mochilas maiores que o seu tamanho:

Figura 4 – Crianças com mochilas



Fonte: Canaltech (2017).

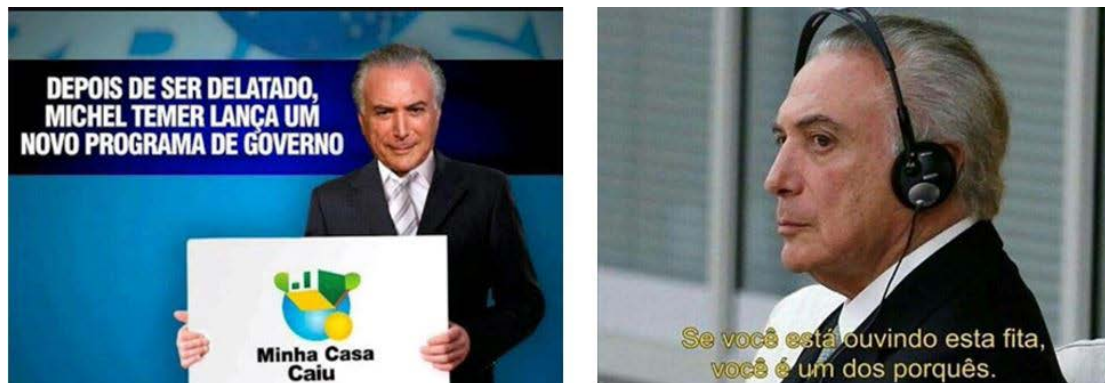
Figura 5 – Comparativo.



Fonte: Bahia Notícias (2017).

Nessas imagens crianças da cidade de Jequié, na Bahia/BA, receberam da Prefeitura da cidade mochilas para o uso escolar, entretanto, são bem maiores do que os tamanhos delas. O assunto repercutiu de uma maneira que, em questão de horas, já era um dos assuntos mais comentados do trending topics do Twitter e o brasileiro usou de mecanismos, como a alteração da foto para enfatizar a falta de gestão pública, planejamento e compromisso com a população (LUNARDI; BURGESS, 2020).

Figura 6 – Michel Temer.



Fonte: Notícias ao minuto (2017).

Outro exemplo, que repercutiu nas redes sociais, foram os memes voltados para o escândalo de corrupção envolvendo Michel Temer e áudios vazados, que supostamente comprovariam seu envolvimento. Logo, o brasileiro usou dessa notícia para expor sua insatisfação com os políticos e a situação política do país.

Dessa forma, nota-se que os memes deixam de ser meras imagens engraçadas, e passam a carregar significados e representações ideológicas que possibilitam novas relações sociais democráticas na internet (SCHNEIDER *et al.*, 2019).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ver o meme político como um agente fortalecedor da democracia está inteiramente ligado à sua veiculação através das redes sociais, tanto que no entendimento de Mian e

Castilho (2019), as redes sociais atuam como um novo espaço público para amplo debate e exposições de ideias que amplia as vozes dos usuários. No mesmo posicionamento referendado por Scheider e Trevisol (2019), a cultura dos memes políticos é vista como uma forma comunicativa e de interação com significados, representações ideológicas e discussões no ciberespaço, influenciando comportamentos e dando visibilidade a ideias, valores, condutas e possibilitando relações sociais democráticas.

Schneider e Trevisol (2019, p. 07) ainda asseveram que “[...] essa cultura digital impacta e causa transformações relacionadas à democracia, no qual as novas tecnologias permitem que as informações sejam divulgadas e conhecidas não apenas por veículos institucionalizados, mas por redes sociais que passam a compor o espaço público de debate”.

Sousa, Franchini e Nascimento (2016), por sua vez, expõem que essa sociedade em rede é cada vez mais um lugar de produção de conteúdo e não apenas de recepção.

Nesse contexto, as representações ideológicas citadas por Schneider e Trevisol (2019) vão ao encontro do pensamento de Nolasco, Àvila e Jungblut (2020) que acreditam que o meme político está inserido em um processo de democratização participativa popular e que a internet é a mídia utilizada para exprimir as opiniões, sendo autônoma na produção de informações.

Dessa maneira, não apenas a sociedade, mas a própria mídia está mudando velozmente e, assim, se faz necessária uma maior compreensão das dimensões socioculturais e de produção de sentido, de elaboração, veiculação e recepção da comunicação midiática, encarando-a como um lugar de produção, veiculação e recepção de produtos simbólicos.

Diante disso, perceber o meme político na sua concepção comunicativa e de interação no ciberespaço, com poder de influenciar comportamentos e dar visibilidade a ideias, valores e condutas, eleva as dimensões de sua compreensão no contexto sociocultural, capaz de causar impacto e transformações na sociedade democrática, levando a um novo entendimento de ciberdemocracia.

Assim, a linguagem memética, considerada no seu potencial comunicativo e sociocultural, pode ser entendida como ferramenta política democrática, com potencial para instigar e viabilizar a participação do cidadão no sistema político de forma democrática.

Posto isto, a evolução tecnológica fortalece o cenário para compreensão dos memes políticos e o seu papel de representatividade democrática, tornando-os uma ferramenta essencial de democratização da discussão política e unidade de construção no caminho da ciberdemocracia. Dessa forma, “[...] os memes políticos estão no rol de elementos tipicamente emergidos da cibercultura, que dão voz aos indivíduos e evidenciam uma importante forma de apropriação das redes” (MIAN *et al.*, 2019, p. 18).

Por outro lado, há autores que consideram o meme político como um enfraquecedor da democracia representativa mediante a individualização causada ao usuário, além de transmitir ao internauta a sensação de distanciamento e descomprometimento com a política, incentivando as posições radicais e fragilizando a diversidade de opiniões em redes (CHAGAS, 2016).

De igual pensamento, Tay (2020) dispõe que o movimento memético possibilita o crescimento da cultura populista e uma nova forma de letramento digital, mas que não se desvia do caráter alienante dado ao internauta que, por sua vez, não trazem resultados de mudança na vida prática.

Achtschin (2021) acrescenta que a participação do cibernauta na cultura populista traz uma tendência forte e polarizadora, podendo ser interpretada de duas maneiras: a primeira sinaliza um enfraquecimento da democracia e a outra, a possibilidade de os cidadãos encontrarem nas redes sociais causas que possibilitem leituras individuais da situação política.

No primeiro caso, o autor enfatiza que o aspecto subjetivo e pessoal foge às práticas de comunicação tradicional criando um distanciamento da política chamada de eu-pistemologia: “[...] o que confere uma percepção que o cidadão é, ao mesmo tempo, próximo da política, como discussão pública, mas distante no sentido de que o ambiente político não é compromissado o suficiente com o interesse público” (ACHTSCHIN, 2021, p. 09) resultando, assim, em um aspecto subjetivo que facilita as posições radicais, o conflito de interesses e ausência de poder decisório ante a falta de autonomia e poder de controle do Estado liberal (CHAGAS, 2016; CASTELLS *et al.*, 2020).

Já no segundo caso, entende-se que através da popularização e veiculação dos memes políticos, é retirada a capacidade do internauta de gerir a política. Faz com que ele fique distante dos acontecimentos e se alimente somente do que é tomado conhecimento através dos memes políticos publicados no espaço virtual. Isso acaba por gerar um empobrecimento e falta de engajamento político (FERREIRA; LIMA, 2020).

Nolasco *et al.* (2020), chamaram esse acontecimento de “ativismo de sofá”, por considerar essa forma de participação sem efetivação para resultados práticos, uma vez que dá uma falsa sensação de estar exercendo uma democracia participativa, a cada like ou compartilhamento de conteúdo político.

É possível, através do “ativismo do sofá”, participar de grupos de engajamento político, fazer convocações para organização de movimentos idealistas e utilizar os memes políticos como ferramenta de ataque à oposição.

No tocante aos ataques à oposição, o ambiente em rede não seria democrático e uma grande preocupação com o movimento memético, segundo Ferreira *et al.* (2020), é com a manipulação de informação que pode fazer com que as notícias falsas se proliferem a cada compartilhamento sem saber a origem do meme político e acabam por prejudicar a liberdade de escolha do cibercidadão.

Dessa forma, os memes políticos contribuiriam para um processo de alienação política, mediante a falta de posicionamento frente às informações disponibilizadas pelas redes sociais, o que, conseqüentemente, causa uma crise na democracia participativa (CHAGAS, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os memes surgiram na internet e tomaram conta das redes sociais, há estudos de sua influência na educação, na comunicação, no marketing, na publicidade e agora essa análise de seus reflexos para a política.

Não tem como falar de eleições e não citar os memes. Hoje, cada vez mais, candidatos e partidos usam para fortalecer a sua comunicação com o eleitorado. Tanto que para alguns autores, como foi demonstrado há ainda o questionamento se eles são benefícios para a democracia.

Uma coisa é fato, a capacidade de comunicação que o meme traz em época das eleições consolida a sua expressividade no debate público e fortalece a sua representatividade democrática, podendo indicar uma nova tendência de análise capaz de percebê-los como ferramentas que possam modificar a opinião pública dos internautas.

REFERÊNCIAS

ACHTSCHIN, Márcio. A formação econômica, política, social e cultural do Vale do Mucuri. Teófilo Otoni: UFVJM, 2018. 176 p.

ACHTSCHIN, Márcio. Repensando os memes através das lentes da cultura política. (no prelo).

ARAÚJO, Juliana Xavier de. Memes: a linguagem da diversão na internet, análise dos aspectos simbólicos e sociais dos rage comics. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Escola de Comunicação, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Jornalismo, 2012.

BÖRZSEI, L. K. Em vez disso, faz um meme: uma história concisa dos memes de internet. In: CHAGAS, Viktor (org.). A cultura dos memes: aspectos sociológicos e dimensões políticas de um fenômeno do mundo digital. Salvador: EdUFBA, 2020. p. 509-540.

CANDIDO, Evelyn Coutinho Rother; GOMES, N. T. Memes—uma linguagem lúdica. Revista Philologus, Ano, v. 21, p. 1293-1303, 2015.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura São Paulo: Paz e terra, 1999a.

CHAGAS, Viktor. “Não tenho nada a ver com isso”: cultura política, humor e intertextualidade nos memes das eleições 2014. 2016. In: XXV Encontro Anual da Compós, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 7 a 10 de junho de 2016. Acesso em: 04 de out. 2021.

CHAGAS, Viktor *et al.* A política dos memes e os memes da política: proposta metodológica de análise de conteúdo de memes dos debates eleitorais de 2014. Intexto, n. 38, p. 173-196, 2017. E-ISSN: 1807-8583. DOI: <http://dx.doi.org/10.19132/1807-8583201738.173-196>. Acesso em: 04 de out. 2021.

CHAGAS, Viktor. Da memética aos estudos sobre o meme: uma revisão da literatura concernente ao campo nas últimas cinco décadas (1976-2019). Salvador: Edufra, 2020.

DAVISON, Patrick. A linguagem dos memes de internet (dez anos depois). In: CHAGAS, Viktor (org.). A cultura dos memes: aspectos sociológicos e dimensões políticas de um fenômeno do mundo digital. Salvador: EdUFBA, 2020. p. 139-155.

DAWKINS, Richard. O gene egoísta. Belo Horizonte: Itatiaia, 2001.

FERREIRA, Victor Hugo Nicacio *et al.* Redes cômicas: uma abordagem sobre como pesquisar o humor na internet e as reverberações subliminares em torno do meme. *Diversitas Journal*, v. 5, n. 3, p. 2237 - 2262, 2020.

LUNARDI, Gabriela; BURGESS, Jean. “É zoeira”: as dinâmicas culturais do humor brasileiro na internet. In: CHAGAS, Viktor (org.). A cultura dos memes: aspectos sociológicos e dimensões políticas de um fenômeno do mundo digital. Salvador: EdUFBA, 2020. p. 427-458.

NOLASCO, Ana; ÁVILA, Leonardo Frosi; JUNGBLUT, Airton Luiz. Likes, memes e militância: ciberativismo na internet brasileira. *Conversas & Controvérsias*, v. 7, n. 1, p. e35328-e35328. 2020 E-ISSN: 2178 – 5694. DOI: <http://dx.doi.org/10.15448/2178-5694.2020.1.35328>.

MIAN, Mariella Batarra; DE CASTILHO, Alessandra. O Ciberativismo potencializado via memes: uma análise de articulação de pautas políticas e sociais nas redes. *Aurora – Revista de Arte, Mídia e Política*, v. 12, n. 34, p. 110 -128, 2019.

POPOLIN, Guilherme. Memes de discussão pública: o mito da conspiração comunista no Brasil. In: VIII CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM COMUNICAÇÃO E POLÍTICA, 2019, Brasília. Anais [...] Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2019. p.398-417.

SOUSA, T.; FRANCHINI, E.; NASCIMENTO, P. Os memes como representações políticas nas redes sociais: uma análise de forma e conteúdo na produção de sentido e construção de identificação com grupos e movimentos. In: XXI CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO SUDESTE. Anais [...]. Bauru/SP: Faculdades Integradas de Bauru, 2016. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/sudeste2016/resumos/R53-0885-1.pdf>. Acesso em: 04 set. 2022.

SCHNEIDER, A G.; TREVISOL, M. G. Uma reflexão sobre redes sociais e memes como forma interativa. In: II CONGRESSO INTERDISCIPLINAR DE COMUNICAÇÃO, MÍDIA E SOCIEDADE. 2018, Joaçaba/SC. Anais [...] Joaçaba/SC: Unoesc, 2018. p. 7-14. Acesso em: 04 de set. 2022.

SHIFMAN, L., CHAGAS, V. (org.). Uma biografia telegráfica de um encenqueiro conceitual. Salvador: EdUFBA, 2020.

TAY, G. (2020). Fichários cheios de LOLítica: humor político, memes de internet e brincadeira nas eleições presidenciais de 2012 nos Estados Unidos (e além). In: CHAGAS, Viktor (org.). A cultura dos memes: aspectos sociológicos e dimensões políticas de um fenômeno do mundo digital. Salvador: EdUFBA, 2020. p. 281-322.

Infiltração de agentes: limites e imunidades

Infiltration of agents: limits and immunities

Ronaldo Alves Marinho da Silva

Pós-doutorando em Direito pela PUC/PR. Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie (UPM). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Delegado de Polícia Civil/SE. Professor Universidade Tiradentes.

Arthur Irwin Rosa Santos Góis

Pós-Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Advogado Criminalista.

RESUMO

Trata-se o presente estudo de um estudo que objetiva investigar pontos polêmicos acerca dos limites e imunidades que envolvem a utilização da infiltração policial no âmbito da investigação policial. Para isso, analisa-se a priori os antecedentes históricos com o fito de analisar onde começou a sua utilização e assim perceber as suas tendências de utilização, tendo em vista as balizas históricas de criação da infiltração de agentes. Assim como, fita-se mostrar como se deu desenvolvimento do agente policial infiltrado no âmbito da legislação brasileira, perpassando as normas legais que originaram o instituto até a legislação mais recente, a exemplo da Lei 12.850/13. Assim, mostra-se criticamente como esse instrumento foi avaliado pela doutrina e utilizado pela jurisprudência, como meio apto a buscar a verdade real e viabilizar a responsabilidade penal de modalidades criminosas antes impunes. Destarte, busca-se demonstrar os requisitos, os limites e as imunidades decorrentes do uso do agente infiltrado. Para tanto, este trabalho encontrou um acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que irá nortear a análise da atuação desse instrumento de investigação essencial no competente combate às Organizações Criminosas.

Palavras-chave: infiltração policial. imunidades. limites constitucionais. marco regulatório.

ABSTRACT

There are a presente study of a study objective to investigate polemics points about of limits and immunities that involve the use of police infiltration in the ambit of police investigation. For it, analysed first the history background with the objective of analyse when starting the use and therefore percieve the trends of using, in view of the historic beacons of creation of police infiltration. Even as, it eye show how are give the development



of undercover police officer in the ambit of Brazilian legislation, running through the legal standards the originated the institution by the more recent law, the example of Law 12.850/13. So, it shows critically how this instrument was evaluated by the doctrine and used by jurisprudence, how well able to search the real truth and making feasible the penal responsibility of criminal models before impunity. Of you, it searches demonstrative the requisites, the limits and immunities resulting of the using undercover agent. Therefore, this job found case laws of Federal Court of Justice (STF, in Portuguese) and Superior Justice Tribunal (STJ, in Portuguese) which will guide the analysis of action of this essential investigative instrument in the competent in Criminal Organizations.

Keywords: police infiltration. immunities. constitutional limits. regulation mark.

INTRODUÇÃO

O processo legislativo, via de regra, é lento e com muito percalços, mas a criminalidade organizada tem pressa e habilidade de adaptação rápida, cometendo ilícitos de forma empresarial, no Brasil e no mundo. A tentativa de sofisticação e aperfeiçoamento de cometimento de crimes, a fim de deixar a menor quantidade de vestígios possíveis, é o *modus operandi* das Organizações criminosas, que hoje dominam o cenário da prática dos atos a margem da lei. Assim, a necessidade de se proteger a sociedade oferecendo meio de provas aptos a descortinar as modernas técnicas criminosas, os caminhos e meios utilizados pelo mundo do crime, somente descobertos com a contribuição de alguém de dentro do sistema criminoso ou nele inserido de forma controlada, objeto deste trabalho e discussões na doutrina e jurisprudência.

Desse ponto, com um debate sobre violação de direitos fundamentais, como o da intimidade e da vida privada, criou-se a infiltração de agentes policiais, para o colhimento de provas e o posterior desbaratamento de Organizações criminosas. Mas, como se trata de um instrumento que discute a relativização de direitos fundamentais, esse tema criou algumas polêmicas no meio acadêmico e debates sobre limites e imunidades de quem participa desse meio engenhoso de feitura de investigações. Analisar estas polêmicas constitui-se objetivo do presente estudo.

Para essa análise, objetivou-se descrever o início desse meio de prova e a legislação brasileira com o objetivo de analisar os avanços no marco regulatório do tema e identificar quais o alcance da sua utilização desta ferramenta como meio de obtenção de prova.

A seguir será analisado os pré-requisitos para utilização do agente infiltrado, quais instituições podem utilizar seu corpo de agentes, homens e mulheres incógnitos na investigação, mas fundamentais na obtenção do meio de prova.

Não de modo diferente, verificar-se-á as imunidades do agente infiltrado que, devido a sua atuação de altíssimo risco, não podem ser as mesmas de um policial comum que não permeou os caminhos do crime de forma disfarçada. A mostrar os direitos desses agentes frente a investigação e ao crivo posterior do Poder Judiciário.

Para que se tenha de forma mais profunda uma segurança jurídica no tema, será apresentado o entendimento de tribunais colegiados superiores sobre o assunto, quais sejam, STF e STJ, visto que tal meio de prova ainda é muito recente no Brasil e pouco

conhecido nos meios acadêmicos, da polícia judiciária e dos demais órgãos de persecução penal. Apesar disso, demonstra-se um meio de obtenção de prova muito eficaz, se bem planejado por parte dos órgãos que comandam as operações.

Em um trabalho desta importância, foi necessária a pesquisa bibliográfica em bancos de dados do STJ e STF. Assim como, examinou-se o que a melhor doutrina sobre o tema dispõe a fazer um estudo dialético e dinâmico para que se possa ter a noção mais ampla sobre o assunto.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O instituto da infiltração de agente não é algo muito recente. Pela sua efetividade, já que consegue extrair informações importantes de membros de organizações criminosas sem que os mesmos percebam, há muito legislações de diversos países preveem tal instrumento na medida do aprimoramento da criminalidade organizada.

Assim, há uma profusão de ideias e opiniões com relação a origem histórica desse instituto, do ponto de vista ainda não sistematizado ainda, além de não se saber ao certo quem seriam os primeiros a atuarem nessa arriscada função. Assim, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva apontam que a origem vem da Bíblia Sagrada, que no Evangelho de Mateus (26: 14-16) aponta Judas como o primeiro agente encoberto. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 389)

Outra parte da doutrina afirma que ter um soldado infiltrado no meio de tropas inimigas trazendo informações relevantes sobre a técnica militar inimiga faz parte estratégia em batalha há um tempo, mais remoto ainda trazendo à tona o caso do livro “Arte da Guerra” que tem autoria conferida a Sun Tzu, há mais de 2.500 anos, em que aponta os espíões como de extrema relevância para a batalha. (LIMA, 2013, p. 10)

Claro que em tão remoto tempo não havia qualquer sistematização do instituto e sequer tinha-se esse nome. A primeira tentativa de sistematização encontra sedimento na doutrina como sendo a de Eugène François Vidocq, que em meados do séc. 18 criou a “Brigada de la Sûreté”, que se tratava de uma unidade à paisana informal formada por criminosos que trocaram de lado para combater a criminalidade em troca de benefícios processuais. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 389)

Posteriormente, a Inglaterra criou a divisão à paisana de detetives, em 1869, inspirada nos primeiros experimentos do gênero na Grã Betanha feitos por Sir Robert Peel, em 1829. No outro lado do Atlântico, nos Estados Unidos, ocorreu um caso parecido quando em 1906 o comissário de polícia de Nova York, William MacAdoo, lançou mão da infiltração para combater a criminalidade que estava fora de controle, principalmente em bairros humildes de origem italiana. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 390)

Ainda atraem atenção da doutrina a figura do “delato” que conseguia angariar informações em prol do Rei da França, com especial destaque ao reinado de Luiz XV. Além desse, tem-se o *Special Irish Branch*, ou esquadrão especial britânico que é oriundo da polícia londrina em 1883, que *a priori* concentrou atividades infiltradas em revolucionários irlandeses e depois voltou olhos aos estrangeiros. (LIMA, 2013, p. 10)

Apesar de todas essas iniciativas, até o século 21 não havia uma propulsão maior e sistemática para a utilização desse meio de produção de prova. Como também não existia legislação que regulasse como deveria ser a utilização da infiltração de agente e em quais crimes seria possível sua utilização.

Isso só mudou com o crescimento das Organizações criminosas e sua atuação em escala global, internacional, deixando mais patente que a utilização de métodos ortodoxos de investigação era facilmente driblada por esses grupos. Nesse ponto, a ONU, visando intensificar o combate às Organizações criminosas, principalmente as ligadas ao tráfico de drogas e pessoas, passou a aceitar (e sugerir que seus signatários o fizessem) as informações advindas de agente policial infiltrado. (ARAUJO, 2017, p. 601)

Isso culminou com a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, denominada como Convenção de Palermo, que é um acordo multilateral que estimula a cooperação entre Estados-partes para evitar e reprimir a atuação do crime organizado em ordem transnacional. Esse documento foi aprovado na Assembleia Geral da ONU, em 15 de novembro de 2000, sendo foi realizada naquela oportunidade na cidade de Nova Iorque e contou com 40 ratificação dos Estados (contando para 147 países signatários atualmente) e passou a vigor em 29 de setembro de 2003. (GRECO FILHO, 2014, p. 12)

Esse tratado é responsável por possibilitar que os Estados-Parte tivessem um referencial normativo sobre Organizações criminosas e que pudessem utilizar com mais segurança os meios especiais de colhimento de prova, sem os receios de retaliações de ordem internacional, dentre eles a infiltração de agentes de polícia. (SOUSA, 2015, p. 10)

Nessa esteira, o Brasil teve sua história ligada a infiltração policial catapultada pela Convenção de Palermo, de quem o país é signatário e que foi aprovada pelo Decreto nº 5.015/2004, sendo a referência utilizada na regulação do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, faz-se mister que se analise a evolução legislativa no Brasil, as mudanças e críticas doutrinárias que são dinâmicas e continuam como exercício do labor jurídico, em busca da melhor redação legislativa, principalmente de um tema tão delicado como é a infiltração policial.

INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Notadamente para se falar de evolução de infiltração policial não se pode esquecer do desenvolvimento jurídico da definição e do combate às Organizações criminosas. Isso porque, foi principalmente para combater essas práticas criminosas que colocavam em risco a vida, a segurança e a democracia de diversos países do mundo, que a ONU indicou o uso da infiltração de agentes como meio especial e excepcional de investigação.

A criminalidade organizada não é um produto da era moderna, mas com a expansão do capitalismo, com a globalização e os avanços tecnológicos que encurtaram distâncias, baratearam custos de comunicação e facilitaram a transferência de capitais em segundos e de forma profissionalizada, fez surgir a necessidade de regular a utilização de novos meios de prova como a infiltração e agentes, sendo que com essa nova roupagem no século 21,

o fenômeno merece e deve ter atenção especial tanto no âmbito jurídico como na seara social. (SOUSA, 2015, p. 9)

Não é outro o sentido trazido pelos professores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva que afirmam que os estudos empíricos sobre o tema apontam o crescimento desta forma de criminalidade, apesar de que as próprias organizações criminosas dificultam o acesso a tais dados para evitar a repressão estatal, que pode ser comprovada pelas investigações que resultam em decisões jurisprudenciais comprobatórias deste fenômeno criminológico (2015, p. 17).

Contudo, esse entendimento apesar de majoritário não é unânime na doutrina, que ainda está em desenvolvimento no ordenamento jurídico nacional. Isso porque, há no meio doutrinário a presença da “teoria do mito” que aponta a criação das Organizações criminosas como uma mera arma do chamado Direito Penal do Inimigo. (SOUSA, 2015, p. 5)

Alguns dos defensores dessa teoria são os juristas Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, que disciplinam com serenidade e ao mesmo tempo firmeza que merece transcrição *ipsis literis*:

A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo. Urge que se busquem meios efetivos de controlá-la a qualquer preço. E para ganhar publicidade fala-se emblematicamente em *criminalidade organizada* — delinquência econômica, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas, tráfico internacional de drogas, criminalidade dos bancos internacionais —, enfim, *crimes de colarinho branco*. Essa é em última análise, a criminalidade moderna, que exige um novo arsenal instrumental para combatê-la, justificando-se, sustentam alguns, inclusive o abandono de direitos fundamentais, que representam históricas conquistas do Direito Penal ao longo dos séculos. (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p.19)

Com a devida vênia aos renomados doutrinadores, acompanha-se a doutrina majoritária no sentido de que é patente a existência das Organizações criminosas e que elas se aperfeiçoam e necessitam de igual desenvolvimento do aparelho de investigação e apuração de delitos por parte do Estado, que não pode se escusar do dever de proteger a sociedade da atividade desses grupos.

Na mesma linha é a doutrina internacional aqui exemplificada pela professora de Direito Processual Penal, da Universidade de Salamanca, Marta del Pozo Pérez, que assim dispõe:

Resulta evidente que la criminalidad organizada es un fenómeno sociológico creciente, que va evolucionando de forma paralela a la sociedad postindustrial, siendo preocupante para nuestra sociedad actual; sus riesgos son extraordinários no sólo para la propia seguridad de los ciudadanos sino para el conjunto del Estado de Derecho. Este tipo de delincuencia es un fenómeno relativamente nuevo y que presenta importantes diferencias respecto a las ya conocidas formas tradicionales de llevar a cabo los ilícitos (PÉREZ, 2006, p. 268).

Dito isso, é claro que um fenômeno assim não pode passar como um delito comum que seja investigado pelos meios de investigação de crimes como um simples furto e roubo. Assim, que se chega ao desenvolvimento do agente infiltrado como um elemento na coletânea de meios novos de combate a Organização criminosa também no Brasil, muito disso intensificado pelo papel da ONU.

Contudo, antes de passar-se a previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, destaque-se observação feita por Marcos Aurélio de Costa Lima de que a infiltração ocorreu de forma clandestina, do ponto de vista legal, durante o regime militar que perdurou de 1964 à 1985, onde desviou-se o objetivo de instituições policiais, como a Polícia Federal, para a manutenção do *status* de domínio ideológico da ditadura fazendo infiltração em organizações estudantis, órgãos estatais e outros pontos da sociedade civil. (LIMA, 2013, p. 8)

Apesar de a Convenção de Palermo só ter sido aprovada no Brasil no século 21, o Brasil já havia editado a Lei nº 9.034/1995 que regulamentava o combate às Organizações criminosas e previa a infiltração de agentes, porém não fazia a definição do que seria uma Organização criminosa, tampouco dizia como deveria se proceder a infiltração policial de agentes (SOUSA, 2015, p. 19).

Percebe-se isso da leitura do Art. 1º dessa lei que foi a primeira, a dispor sobre a infiltração. Ponto interessante sobre essa lei é que para a doutrina, apesar de louvar a iniciativa da construção do primeiro diploma pátrio sobre Organizações criminosas, deixava sua crítica no que tange a confusão que esta faz entre essas organizações e o crime de quadrilha ou bando, previsto no Art. 288 do Código Penal - hoje denominado por Associação criminosa. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 33)

A mesma lei teve críticas do ponto que trata da infiltração policial, tendo em vista que previa “agentes de polícia *ou de inteligência*”, o que para a doutrina é algo impensável e que fere a própria Constituição da República, tendo em vista que agentes de inteligência, como a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), tem por objetivo final a defesa do Estado em si, tanto a ótica política como da prevenção do próprio Estado democrático de Direito. Não sendo, portanto, objetivo desse órgão a realização de investigação policial.

Além disso, como se percebe na leitura do seu texto, que essa lei não trazia qualquer regulamentação de que forma ou como se procederia a infiltração policial. Sendo que sequer destrinchou quais esses *órgãos especializados* de que trata o inc. V do Art. 2º, fazendo com que o instituto caísse em desuso por falta de regulamentação do procedimento, por insegurança jurídica. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 391)

Em seguida, editou-se a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que previa no inc. I do Art. 33 a figura da infiltração policial em quadrilhas, grupos, organizações e bandos com o fito de colher informações sobre a operação dos grupos criminosos. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 391)

Logo, essa lei continuava cometendo a mesma falha que as outras ao não dispor com precisão o que era uma organização criminosa e não criar o marco regulatório sobre a atuação de cada órgão e/ou agente em uma possível infiltração policial. Frise-se o fato de ser a primeira lei a citar o Ministério Público como ente que deve participar da infiltração, mas mesmo com essa inovação o instrumento não podia ser utilizado por falta de definição do que era o instituto e também de como se daria sua utilização.

Na mesma omissão seguiram-se as leis antidrogas (Lei nº 10.409/2001 e Lei nº 11.343/2006), que previam o uso de tal meio de prova, mas sem descrever o seu conceito e o procedimento de aplicação ou sequer como se procederia a infiltração policial no certame

de atuação desses grupos criminosos, bem como não acrescentou qualquer conceituação do que viria a ser uma Organização criminosa. (SOUSA, 2015, p. 19)

Assim como, a atual Lei de Drogas, em seu Art. 53, I, responsável por revogar a Lei 10.409 também dispõe sobre a infiltração policial. Nesse sentido, apesar de sua larga utilização em outros países, a exemplo dos Estados Unidos, em que o FBI já tinha produzindo manuais de infiltração policial, o Brasil notava a importância do instrumento como meio de investigação, mas a legislação não demonstrava como deveria ser feito o procedimento de infiltração, a captação de provas, responsabilização dos excessos eventualmente cometidos pelo agente infiltrado, bem como quem deveria ter a função de fiscalizar todo o processo.

Somente em 2004 o problema foi parcialmente resolvido, com a incorporação da Convenção de Palermo através da edição do Decreto 5.015, Art. 2º, onde “vinha a definir o que seria o que a lei chamou de “Grupo Criminoso Organizado”, mesmo que não tipificado uma conduta associativa. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 35)

Com isso, começou a polêmica da utilização desse documento por parte dos juízes e tribunais de 2º instância ou instâncias superiores para aproveitando da definição de Organização criminosa (mesmo que com outro nome) para poderem lançar mão de instrumentos especiais de investigação, como é o caso da infiltração policial em organizações criminosas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, buscando sedimentar entendimento começou a sistematicamente aproveitar a definição de “grupo criminoso organizado” trazida na Convenção de Palermo para conseguir dar o mínimo de efetividade aos meios excepcionais de investigação policial, tais como a própria infiltração ou mesmo a ação controlada (SOUSA, 2015, p. 20).

Para se exemplificar traz-se o seguinte arresto em que o Tribunal da Cidadania em sua Sexta Turma por unanimidade assim consignou:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1.º, INCISO VII, DA LEI N.º 9.613/98. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL. CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, com redação anterior a Lei 12.683/2012, não se refere a “organização criminosa” como um crime antecedente do crime de lavagem de ativos, pois inexistente esse tipo penal no direito brasileiro. O referido dispositivo se refere a um crime praticado por uma organização criminosa, “sujeito ativo” que se encontra definido no ordenamento jurídico pátrio desde o Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou o Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, o qual ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e, atualmente, está conceituado pela Lei 12.683/2012. O conceito de organização criminosa funciona como um

Como se pode perceber da leitura do arresto, nota-se que houveram outras leis que confirmaram o entendimento da Convenção de Palermo. Assim se destaca como ratificadora a Lei 12.694/2012, que com objetivo de possibilitar o julgamento por um colegiado de juízes de 1º grau de jurisdição, trouxe em seu Art. 2º a disposição de o que seria uma “Organização criminosa” (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 38).

Nesse ponto já estava a se discutir o novo Projeto de Lei que daria origem a legislação que sedimentou o tema da Organização criminosa e da infiltração de agentes no Brasil, a Lei 12.850/2013.

Fruto do Projeto de Lei de autoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT-MT, a época e atualmente no PRB-MT) que objetivou, *a priori*, definir o que seria crime organizado e passou a analisar a investigação criminal e os meios de captação de prova que pudessem dar mais efetividade ao combate das Organizações criminosas sem, contudo, se olvidar do devido processo legal e das funções constitucionais dos órgãos que participam da *persecutio criminis*. Em 2009, o projeto foi acolhido pela Câmara sob o número PL n. 6478/2009 e assim se adequando tanto a Convenção de Palermo, como recebendo teses modernas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. A lei foi promulgada à 2 de agosto de 2013 sob a nomenclatura de Lei n. 12.850/2013. (GRECO FILHO, 2014, p. 8)

Pioneira em diversos sentidos, a lei foi a primeira genuinamente brasileira a dispor de forma pormenorizada como deveria se dar a infiltração policial, deixando alguns contornos para a doutrina e dessa recebendo críticas. Assim, do Art. 10 até o Art. 14 esse diploma legislativo deu a tão sonhada aplicabilidade ao instrumento de infiltração de agentes polícia o que abriu uma janela considerável de estudo e observação como a presença análise.

Com isso, o legislador ficou encorajado a ampliar a utilização desse instituto para outros ramos de investigação que trabalhassem com delitos que tivessem um dano social relevante. Assim, o Congresso Nacional publicou nesse ano, lei que abre possibilidade para a infiltração de agentes na rede mundial de computadores para reprimir a prática de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes criando os Arts. 190-A à 190-E no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Ainda não se tem uma doutrina consolidada sobre o tema, contudo demonstra a importância que o legislador brasileiro vem dando a infiltração policial dentro da sistemática de persecução penal. Os crimes a que se refere a lei é o da produção e veiculação de cenas de sexo explícito ou pornografia envolvendo crianças e adolescentes (Art. 240); vender ou expor a venda imagem ou vídeo sexo explícito ou pornografia envolvendo menores (Art. 241); oferecer, disponibilizar, trocar, transmitir, distribuir, publicar, ou divulgar por meios digitais esse conteúdo (Art. 241-A); adquirir, produzir ou armazenar tal acervo (Art. 241-B); simular a participação de crianças nesse tipo de conteúdo (Art. 241-C) e no Art. 241-E, o legislador disciplina o que são cenas de sexo explícito ou pornografia.

Contudo, para não figurar apenas nos formalismos da lei pretende se tratar, a seguir, de critérios objetivos e subjetivos do agente que deve participar da infiltração policial como agente policial infiltrado.

A FIGURA DO AGENTE INFILTRADO

Por detrás de toda essa legislação existe um agente infiltrado que tem que ser especialmente treinado física e psicologicamente para a missão de se infiltrar em uma Organização criminosa ou numa ação típica de grupos organizados que ferem a dignidade de crianças e adolescentes, no tráfico de drogas, armas de fogo, pessoas etc.

Para que se possa entender a relação dos agentes infiltrados é de se notar que mesmo em outras leis que dispõe sobre a infiltração de agentes, o procedimento que deve ser obedecido em caso de silêncio da lei deve ser o informado na Lei 12.850/13, bem como outras questões relativas a competência e fiscalização. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 392)

Assim, define a lei 12.850/13, mais recente sobre o tema, com acertado entendimento, diverso da legislação revogada, de que não se pode infiltrar agentes de inteligência, isso sendo dito pelo silêncio eloquente da norma legal. Mesmo porque a novel legislação pede que o agente infiltrado seja integrante das polícias judiciárias, qual sejam, a Polícia Federal, nos crimes de competência da Justiça Federal, e a Polícia Civil, quando a competência for da justiça estadual. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 397)

Além de ser um agente de público das polícias civis ou federais, o agente infiltrado deve estar em tarefa investigativa para poder atuar como a agente infiltrado, tendo em vista as divisões dentro das corporações, devendo ser excluído os concursados dessas polícias que não tem qualquer meandro com a investigação. (ARAUJO, 2017, p. 602)

Não é outro o entendimento de Marllon Sousa que, em obra específica sobre o tema de infiltração de agentes policiais, a nova legislação sobre o tema não admite a utilização de agentes da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) para a infiltração policial. (SOUSA, 2015, p. 42)

Além desses, não se permite a infiltração de guardas municipais em qualquer delito que se permita infiltração policial por questões de competência e de distinção legal, sendo que o próprio Texto Maior de 1988 afasta a possibilidade de sua utilização disciplinando sua competência de zelo aos bens públicos municipais. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 398)

Quanto a prática dos crimes militares, apesar de não haver previsão de sua utilização, caso venha a ser positivada, deverá ser feita pela polícia militar. Isso porque, nesses casos, a PM, como é conhecida a instituição corriqueiramente, exerce a função de polícia judiciária, função que as normas legais ordenam que seja responsável pela infiltração. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 399)

Ainda no que tange a polícia militar, cumpre destacar que os policiais à paisana não são agentes infiltrados, ao contrário, eles são apenas policiais designados por autoridade superior para se imiscuírem em investigações de crimes militares, a fim de coletar elementos de prova sem que seja possível a infiltração, não sendo autorizado por lei a investigar civis em prática de crimes não militares.

É oportuno salientar que o agente infiltrado não se confunde com os agentes conhecidos internamente na Polícia Militar como P2, que sendo da polícia militar se disfarçam em trajes civis para que possam identificar áreas denominadas de riscos por pratica de delitos, mas sem ligação com uma busca por análise de provas de grupos organizados específicos e delineados como é o caso da infiltração de agentes polícia. (SOUSA, 2015, p. 43)

Além desses importantes e interessantes pontos, cumpre destacar que não pode participar de infiltração de polícia os particulares que não tem o treinamento e todos os outros pontos necessários para se tornar um agente infiltrado. (SOUSA, 2017, p. 41)

Nas hipóteses de uso de outros servidores públicos que não os descritos na lei ou de particulares, as provas advindas das infiltrações seriam consideradas ilícitas. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 399)

Assim, nesse caso, o depoimento do agente infiltrado, bem como as escutas ambientais por ele feitas deverão ser todas consideradas ilícitas. Isso com fulcro no princípio da contaminação que considera, como no *leading case Silverthorne Lumber & Co. v. United States* de 1920 que consagrou o *fruits of prisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que os frutos advindos de meio ilícito devem ser desentranhados do processo, sendo esse o fato mais temido pela acusação criminal (LOPES JR., 2014, p. 614-615). Isso decorre da vedação constitucional de provas ilícitas, como reza a Magna Carta de 1988, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Para que isso não aconteça, define-se agente policial infiltrado um servidor público, aprovado mediante concurso, que esteja ligado ao órgão de investigação policial, seja ele Polícia Civil, seja Polícia Federal e que esteja integrando a carreira de agente de investigação. (SOUSA, 2015, p. 44)

Aqui não se esgota o ponto, tendo em vista que não são apenas critérios objetivos e legais que norteiam a atuação do agente infiltrado tendo que ser a escolha desse agente fruto de um árduo trabalho de triagem, tanto física quanto de ordem psicológica, informando aos envolvidos na operação de infiltração – consentimento livre e esclarecido - os riscos que a missão envolve. (SOUSA, 2015, p. 95)

Logo, o agente infiltrado precisa, além de ser legítimo para o ato, tem de reunir uma série de caracteres que deem arcabouço para que ele (a) suporte os casos de forte estresse e, mesmo assim, consigam tomar as corretas decisões cobertos pelo manto da legalidade e da constitucionalidade e que podem ser defendidas perante o crivo posterior do Poder Judiciário. (LIMA, 2013, p. 30)

Por ser um ato de tamanho risco, o agente infiltrado tem algumas imunidades que serão estudadas no próximo tópico.

IMUNIDADES DO AGENTE INFILTRADO.

Apesar das questões objetivas tratadas no tópico anterior não pode pretender-se despersonalizar o agente policial colocando como se a infiltração policial fosse uma operação comum como qualquer outra e não dando a oportunidade de o policial ao menos questionar a sua atuação. Se isso ocorresse, a infiltração passaria de meio eficaz de combate ao crime organizado para algo temido internamente nas polícias judiciárias, não sendo o objetivo da lei.

Assim, é fundamental que se perceba que o trabalho do agente infiltrado se trata de um serviço que deve ser prestado de forma livre, sendo lícito ao policial que passou pela triagem, não aceitar que seja implementada a infiltração sendo ele o agente infiltrado, facultando a administração pública buscar outro agente. Essa escolha do policial não pode ensejar qualquer processo e conseqüente sanção administrativa. (LIMA, 2013, p. 13)

Não é outro o entendimento dos professores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva que entendem que há licitude do policial que não permitir que se faça a infiltração sendo ele o agente, não sendo enquadrado como insubordinação, tampouco viola os direitos funcionais. Assim, os ilustres juristas entendem que não há motivo para responder administrativamente pela recusa e acrescentam: “não é necessária a motivação do agente infiltrado, basta que negue” (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 404).

Logo, constitui-se um direito administrativo do agente policial não ter de aceitar a ordem de quem, mesmo estando superior hierarquicamente, ordena que seja implementada infiltração de agente. Sendo que essa punição por esse ato não deve existir de forma direta, tampouco de forma indireta. De mesma forma, o agente policial infiltrado pode fazer, a qualquer tempo, parar a infiltração policial. Mesmo que isso aconteça, constitui-se direito do agente também a permanência do gozo de direitos de alteração de identidade e medidas protetivas. Sendo que esses direitos são previstos expressamente na Lei 12.850/2013 em seu Art. 14 que inovou ao trazer esses direitos. (GRECO FILHO, 2014, p. 64)

Tais direitos estão regulamentados na lei que instituiu o Programa de Proteção a Testemunha. Dentre outras coisas, o agente infiltrado pode modificar o seu nome, bem como seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, isso em caso de perigo. Além disso, a localização do agente fica em sigilo. (BRASIL, 1999)

Mas, a grande polêmica reside no fato da punibilidade do agente infiltrado. Isso porque é inevitável que o agente policial, por razões patentes, necessite lançar mão da prática de algumas infrações penais para poder angariar a lealdade ou confiança de quem chefia as Organizações criminosas sob investigação ou mesmo para que acompanhe os demais a mostrar-se o mais imiscuído na organização. (NUCCI, 2015, p. 91)

Assim, a moderna doutrina entende que tudo parte da autorização judiciária para a infiltração de agentes, bem como de princípios indeterminados, como o da razoabilidade e da proporcionalidade. Porque o policial não tem o dolo para praticar os atos, pelo contrário, é movido pelo sentimento de desbaratar uma Organização criminosa, uma rede de tráfico de drogas ou redes de práticas de crimes sexuais contra menores etc., mas, se isso não satisfaz todas as críticas, entende-se que o agente policial infiltrado está abrigado por excludente de ilicitude, qual seja, estrito cumprimento do dever legal. (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 405)

Sobre o estrito cumprimento do dever legal, o penalista Rogério Sanches Cunha dispõe que não é incomum que o agente estatal, realizando suas atividades, é obrigado por força de lei *latu sensu* a violar um bem jurídico. Assim, desde que essa violação esteja dentro de limites razoáveis, o agente está coberto sob o manto do estrito cumprimento do dever legal, não tendo como ser caracterizado como crime. (CUNHA, 2016, p. 270)

Repise-se o que fala do jurista paulista, a violação não pode ser indiscriminada, mas sim tendo como baliza a razoabilidade e a proporcionalidade. Não é outro o entendimento de Vicente Greco Filho de que os excessos praticados pelo agente infiltrado devem ser punidos. Assim, as circunstâncias fáticas é que devem nortear a atuação do agente infiltrado, sendo que a exigência não pode ser de um esmero elevado, tendo em vista a situação de enorme estresse, supramencionada, em que se encontra o agente infiltrado. Além disso,

em eventual dúvida, o entendimento deve ser o pró-agente infiltrado pela atitude fora dos padrões necessários tomada por ele com o nobre objetivo de colher provas que serão utilizadas no combate direto a determinada organização criminosa. (GRECO FILHO, 2014, p. 62)

Esse exame da proporcionalidade na infiltração policial tem de ser realizado pelo magistrado togado, que deve fazer esse exame de acordo com a premissa da proporcionalidade *lato sensu*, que reúne necessidade, adequação e proporcionalidade *strictu sensu*. Para que isso ocorra e isso se configure o que é “uma imunidade de legalidade do agente infiltrado, esse deve agir nas balizas da decisão judicial que permitiu a infiltração de agentes”. (SOUSA, 2015, p. 120-121)

Assim, se o agente seguir dessa maneira, ele será naturalmente absolvido por fatos típicos que naturalmente cometerá como o de participar de Organização criminosa, ser participe dos crimes a que a Organização criminosa se destina. Além disso, cometerá eventualmente e será absolvido de crimes meio, como o de constrangimento ilegal que podem ser ou não absolvidas pelo crime fim, bem como os crimes praticados por terceiros e cujos o agente infiltrado tem ciência da prática e da autoria (GRECO FILHO, 2014, p. 63). Como se viu, não há crime a ser imputado ao agente infiltrado, devendo ser apurado nos limites definidos pela decisão que autorizou a infiltração.

Destaque-se que esses entendimentos não podem e não são puramente doutrinárias, mas também jurisprudencial, é nesse questionamento que se destina o tópico a seguir.

JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF SOBRE O TEMA

Um dos assuntos mais difíceis que a jurisprudência teve que enfrentar é a questão da diferenciação entre agente infiltrado e agente provocador. Esse é um dos principais pontos levantados pela defesa dos acusados que se veem diante de um processo que utiliza agente infiltrado.

Assim, a doutrina sobre o agente infiltrado posiciona-se no sentido de que o agente estatal, no intuito de investigar uma Organização criminosa, não pode fazer surgir no possível infrator a vontade de cometer um delito. Sendo que só pode aderir a uma vontade anteriormente exteriorizada por membros do grupo. (LIMA, 2013, p. 27)

Dessa forma, se o agente infiltrado prepara o ambiente para o cometimento do delito, trata-se de um crime impossível, o que transformará a infiltração de uma operação bem-sucedida para os investigadores e membros do Ministério Público, em um salvo conduto para o investigado, pelo menos naquele caso. (ARAUJO, 2017, p. 601)

Nesse mesmo sentido, seguiu o STF em caso longínquo, mas que serviu de *leading case* utilizado por diversos julgados que envolvem infiltração de agente e que remonta ao ano de 2002 e que deve ser o entendimento utilizado principalmente com a nova dinâmica dos precedentes que tem arrebanhado doutrinadores inspirados no princípio da isonomia e da segurança jurídica. Assim, consignou a Min. Ellen Gracie em sede de Habeas Corpus:

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Art. 12, caput da Lei nº 6.368/76. Não ocorrência. Paciente que, no momento dos fatos, se encontrava no local considerado ponto de tráfico, tendo ido buscar a droga após a solitação de compra a ser verificada a versão dos policiais, o paciente, após o pedido, **teria ido buscar a droga em local onde estava depositando, conduta que incidiria no art. 12, caput da Lei 6.368/76, na modalidade 'ter em depósito', como capitulado na denúncia, inexistindo o flagrante preparado porque, a exemplo do entendimento espousado no HC nº 72.824/SP (Min. Moreira Alves), o crime, de caráter permanente, já se teria consumado**. Se verídica a versão do paciente apresentada no interrogatório em juízo, seu comportamento incidiria, em tese, na hipótese do art. 16 do mesmo diploma legal, dando azo a uma eventual desclassificação, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, o que, no entanto, se mostra inviável nesta sede diante da disparidade do conteúdo dos elementos apresentados. *Habeas corpus* indeferido. (STF. HC n. 81.970-2/SP, grifo nosso)

No mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, também em sede de *Habeas Corpus* da lavra do Min. Jorge Mussi e acolhido por unanimidade pela Turma:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FEITO SENTENCIADO. AGENTE POLICIAL. INFILTRAÇÃO EM ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA À NARCOTRAFICÂNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE DE APROFUNDADO EXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. **INEXISTÊNCIA DE VESTÍGIOS DE INDUZIMENTO PARA A PRÁTICA DO ILÍCITO PENAL. PREPARAÇÃO DO FLAGRANTE NÃO COMPROVADA**. CRIME PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA PERFECTIBILIZADO. CONDUTA TÍPICA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. TRANSCAMAMENTO DA AÇÃO PENAL INVIÁVEL.

[...]

2. Não há falar em flagrante preparado se, diante dos elementos coligidos aos autos, não se puder evidenciar que o paciente ou os co-réus foram induzidos à prática de crime de tráfico de drogas por parte de **agente policial**. (Grifo nosso)

Outro ponto que gera bastante polêmica e que chegou as cortes mais altas do país é acerca da legalidade da infiltração policial. Isso porque, a Lei 12.850/13 ainda não tem posição fechada jurisprudencial em alguns pontos, o que leva a defesa a alegar, por vezes, até mesmo a sua inconstitucionalidade, tendo em vista flexibilizar os direitos fundamentais de intimidade e da vida privada que estão estampados do Art. 5º, X da Constituição Federal, mas que o STJ já enfrentou também em julgado de 2015, da lavra do Min. Rogerio Schietti Cruz:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. **PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE AGENTE INFILTRADO. DISCUSSÃO ACERCA DA LICITUDE DAS PROVAS. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO**.

[...]

4. Ainda que a sentença condenatória, no que se refere ao crime de associação para o tráfico de drogas, esteja apoiada em provas remetidas pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal de Portugal - as quais foram obtidas por intermédio de infiltração de um agente de nacionalidade portuguesa no País (com pseudônimo de Antonio) -, não se pode olvidar que a análise, por este Superior Tribunal, da alegada ilicitude dessas provas relacionadas à medida cautelar de infiltração, enquanto pendente de julgamento o recurso de apelação pela Corte regional, implica, efetivamente, ostensiva supressão de instância. (STJ. RHC 47.188/RJ)

Esses são os casos mais levados aos Tribunais Superiores e esses julgados sintetizam o pensamento das mais altas cortes do país. Logo, tópicos como a constitucionalidade ainda carecem de fechamento de questão por parte jurisprudencial, na linha do que segue a utilização internacional.

Assim, A ONU em seus tratados sobre o tema, como a Convenção de Palermo, sugere para os Estados partes que só se lance mão dos agentes infiltrados em casos considerados graves pela legislação interna. O que não geraria uma banalização dos agentes infiltrados. Isso foi seguido pelo Brasil, permitindo apenas nos casos de Organização criminosa, tipificados no Art. 1º, §1º da Lei 12.850/13 e no delito de Tráfico de drogas - Art. 53, I da Lei 11.343/06 - na Lei 13.441/17 – pedofilia pela internet, o que afasta a banalidade e inconstitucionalidade do seu instituto (SOUSA, 2015, p. 54). Mas, a discussão ainda necessita de um posicionamento firme das cortes mais altas do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se, portanto, que o agente infiltrado tem sua origem histórica não pacífica na doutrina. Contudo, os primeiros casos em que houve uso sistematizado provém da França com Vidoqc. Assim, percebeu-se que mesmo dos povos longínquos já havia um entendimento da utilidade desse instrumento de investigação.

Na legislação brasileira, percebeu-se que o desenvolvimento foi muito turbulento com muita crítica da doutrina e adequação jurisprudencial que não teve menos polêmica. Sendo que o assunto só ganhou mais sedimento com a Lei 12.850/2013 e sua ampliação para a defesa dos crimes contra a dignidade sexual, que envolvam crianças e adolescentes, praticados através da rede mundial de computadores (internet).

Posteriormente, a nova legislação mostrou-se apta a dirimir certas controvérsias ao estabelecer os critérios objetivos de competência para a implementação do agente infiltrado, sendo sua possibilidade resumida as polícias judiciárias mencionadas nesse estudo. Este marco regulatório do tema definiu também os critérios subjetivos, ou seja, a necessidade de aperfeiçoamento pessoal do agente em consonância com critérios biopsicossociais que o indiquem para tal missão.

Com tamanha gravidade envolvida, com os perigos e o poder dos grupos criminosos organizados, as imunidades dos agentes policiais infiltrados devem seguir a linha da decisão judicial que a autorizou, sob pena de nulidade. Assim, mostrou-se o esforço para dar aos órgãos constitucionais de polícia judiciária uma maior segurança na utilização desse meio investigativo.

Além disso, mesmo com poucas decisões dos tribunais superiores, a jurisprudência apresentou um caminho a ser trilhado e enfrentou algumas questões que eram objeto de celeuma na doutrina, mas ainda necessitarão de discussão nos plenos desses órgãos para uma solidificação jurisprudencial do tema, confiando ainda mais ao Parquet ou ao delegado de polícia vislumbrar o agente policial infiltrado como forma de investigação possível e com menos riscos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Barbara Candido de. Infiltração policial: a linha tênue entre a legalidade e a ilegalidade. *Colloquium Socialis*, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial, p. 599-604, jan/abr 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <goo.gl/Yyve9N>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus nº 92.724/SC. Rel. Min. Jorge Mussi. Impetrante: Jeison José de Sousa. Paciente: Claudionor Pereira Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. j. 14 abr. 2009. Disponível em: <https://goo.gl/sgGf4V>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RHC 47188 / RJ. Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz. Recorrente: Oliver Ortiz de Zarate Martin. Recorrido: Ministério Público Federal. j. 19 mar. 2015. DJe. 30 mar. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/TWVKGm>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus 81.970-2/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Paciente: Fernando Amaral de Almeida. Coator: Superior Tribunal de Justiça. j. 28 jun. 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/dFkKYV>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <goo.gl/ZVxF8C>. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. Lei nº 9.034, de 3 maio de 1995. Dispõe sobre utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: < goo.gl/Suh5D8>. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <goo.gl/uDMNWv>. Acesso em 08 ago. 2017.

_____. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencadas pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: < goo.gl/JvD4pm >. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; Disponível em: < <https://goo.gl/QDh2wa> >. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Disponível em: < <https://goo.gl/V1AMUx> >. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: < <https://goo.gl/2Jzr2h> >. Acesso em: 8 ago. 2017.

_____. Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990

(Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. Disponível em: < goo.gl/xZUakx>. Acesso em: 8 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus 81.970-2/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Paciente: Fernando Amaral de Almeida. Coator: Superior Tribunal de Justiça. j. 28 jun. 2002. Disponível em: < <https://goo.gl/RcgEZm>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus nº 92.724/SC. Rel. Min. Jorge Mussi. Impetrante: Jeison José de Sousa. Paciente: Claudionor Pereira Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. j. 14 abr. 2009. Disponível em: <https://goo.gl/hnViTp> >. Acesso em: 07 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RHC 47188 / RJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Recorrente: Oliver Ortiz de Zarate Martin. Recorrido: Ministério Público Federal. j. 19 mar. 2015. DJe. 30 mar. 2015. Disponível em: < <https://goo.gl/f4Vv92> >. Acesso em: 07 ago. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4 eds. ver., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Marcos Aurélio Costa de. Infiltração Policial: pensando um modelo. Rio de Janeiro: ESG, 2013.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa. 2 eds. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PÉREZ, Marta del Pozo. El agente encubierto como médio de investigacion de la delincuencia organizada em la ley de enjuiciamiento criminal española. Criterio jurídico: Santiago de Cali, v. 6, 2006, p. 267-310.

SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUSA, Marllon. Crime organizado e infiltração policial: Parâmetros para a Validação da Prova Colhida no Combate às Organizações Criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

Testamento Vital: Uma Análise das Diretivas Antecipadas de Vontade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Vital Testament: An Analysis of the Previous Advocacy Directions in Brazilian Legal Ordinance

Isabelle Cristina Vieira

Graduando em Direito na Faculdade Kennedy de Minas Gerais.

Mariana Swerts Cunha

Professora da Faculdade Kennedy de Minas Gerais.

RESUMO

O presente estudo versa sobre as diretrizes antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, que é permitido, porém ainda não há legislação própria que instrumentalize o instituto e devido à ausência de norma acaba por gerar grande insegurança jurídica, o que restringe a realização desse documento. Por isso, a abordagem do tema, por meio de uma pesquisa bibliográfica e empírica, é imprescindível para compreensão do assunto e a percepção da importância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade privada quando da terminalidade da vida, vez que esses princípios são vistos somente quando da vida, mas zelar por eles a fim de obter uma morte digna é de grande relevância para o indivíduo, podendo manifestar os cuidados aos quais deseja ser submetido ou não, por meio da declaração antecipada de vontade.

Palavras-chave: testamento vital. dignidade. autonomia.

ABSTRACT

The present study deals with the anticipated guidelines of will in the Brazilian legal system, which is allowed, but there is still no proper legislation to implement the institute and due to the absence of a rule, it generates great legal uncertainty, which restricts the realization of this document. Therefore, the approach of the topic, through a bibliographical and empirical research, is essential for understanding the subject and the perception of the importance of the principles of the dignity of the human person and the



autonomy of the private will when the termination of life, since these principles are seen only when in life, but to watch over them in order to obtain a dignified death is of great relevance to the individual, being able to manifest the care to which he wishes to be submitted or not, through the advance declaration of will.

Keywords: living will. dignity. autonomy.

INTRODUÇÃO

O presente estudo que versa sobre o testamento vital, tem-se por método de estudo a pesquisa bibliográfica e empírica, com base em doutrinas que tratam especificamente do assunto.

O tema é relevante devido à fragilidade que a expressão “morte” causa a sociedade e a vulnerabilidade em que coloca os profissionais da saúde quando se deparam com situações de terminalidade da vida do paciente e que este não deseja se submeter a determinados tratamentos.

Daí surge-se o chamado direito de morrer dignamente e para regular esse fenômeno tem-se as diretivas antecipadas de vontade, um gênero que se divide em espécies, analisando, especificamente, no presente estudo, o testamento vital.

Alguns doutrinadores apontam que a expressão testamento vital é errônea, vez que, testamento dispõe acerca da declaração de última vontade do testador (*causa mortis*), e tem sua eficácia após sua morte, entretanto, o testamento vital versa as disposições a terem eficácia ainda em vida do testador (*inter vivos*), quando acometido por doença incurável em fase terminal. Assim, os autores entendem que o melhor termo a ser usado é declaração antecipada de vontade. Todavia, nesse artigo são usadas tais expressões como sinônimas, uma vez que costumeiramente usa-se o termo testamento vital ou diretivas antecipadas de vontade como sendo o mesmo instituto.

Desse modo, é apontado no primeiro capítulo do artigo o contexto histórico do testamento e sua evolução até firma-se no atual Código Civil de 2002, que dispõe várias espécies de testamentos.

No segundo capítulo inicia-se a parte conceitual do testamento, a fim de situar o leitor do que vem a ser o testamento no ordenamento jurídico, para no capítulo seguinte tratar do testamento vital que é uma espécie de testamento peculiar, diferente das demais previstos no Código Civil de 2002.

Ainda, fez-se necessário a abordagem dos princípios que norteiam o testamento vital e, que atualmente servem de base para ser um instrumento aceito no ordenamento jurídico brasileiro, vez que não há Lei própria que o regule.

A dignidade da pessoa humana e o direito à vida foram abordados no capítulo seguinte, explanando a relação entre o princípio e o direito à vida digna, a partir da sujeição ou não de tratamentos médicos, além de se verificar o conflito de direitos fundamentais como o direito à vida e o direito a morte digna.

Ademais, para fins didáticos e com o escopo em aprimorar os conhecimentos sobre o testamento vital foi abordado em linhas gerais à distinção entre a eutanásia, distanásia e ortotanásia e o instituto do testamento vital, haja vista que alguns doutrinadores acreditam que a declaração antecipada de vontade serve apenas para regular esses institutos. Além disso, abordou-se o capítulo direito comparado que mostra como o testamento vital é normatizado no estrangeiro e de parâmetro para o Brasil tem-se a Lei da Austrália que versou com detalhes o testamento vital, assegurando o direito de morrer com dignidade e zelando pela autonomia do paciente.

ELEMENTOS HISTÓRICOS DO TESTAMENTO

A expressão testamento vem do *latim testari*, significa testemunhar e o sufixo também do *latim mentum*, dá origem ao substantivo. “Assim, o termo veio da conjugação das palavras *testari e mentum* ou *mentis*, com a tradução original de expressar a vontade ou a mente (...) em presença de testemunhas”, conforme Leciona Arnaldo Rizzardo (2014, p. 226).

Nos primeiros tempos da civilização não há o que se falar em sucessão, sendo, portanto, um instituto desconhecido, uma vez que as pessoas viviam em tribos ou grupos, razão pela qual tudo pertencia a todos. (RIZZARDO, 2014)

Com isso, Fustel de Coulanges (1975) afirma que a transmissão à época era uma oposição as crenças religiosas.

Por conseguinte, com a concepção de família tinha-se como privilégio a transmissão de ministrar os cultos aos deuses, bem como a reverência aos antepassados. Assim, era concedida, ao filho primogênito, a transmissão desse patrimônio. (RIZZARDO, 2014)

Os escritos antigos, segundo historiadores, não mencionam o testamento no Antigo Egito, na Índia e na Pérsia, como leciona Rizzardo (2014). Dessa maneira, Rizzardo *apud* Clóvis Beviláqua conta que “no Egito antigo não se conhecia o testamento, como não se conhecia do Direito mosaico, como não se conhecia no Direito hindu”. Somente em Atenas, após as reformas de Sólon, e em Esparta, pós-guerra Peloponeso, é que se teve conhecimento de testamento. (RIZZARDO, 2014)

Neste sentido ensina Rizzardo *apud* Francisco Calvancanti Pontes de Miranda acerca dos elementos históricos do testamento em Esparta:

Em Esparta, a propriedade era indivisível e inalienável; passava, necessariamente, ao filho mais velho os cidadãos chamavam-se iguais, e constituíram a camada do povo com direitos políticos e elegiam os éforos, soberania nacional diante dos dois reis hereditários, chefes religiosos, do exército e do conselho dos gerontes (gerontos). Esses, sob a presidência dos reis, dirigiam a política interna e a exterior, julgando os próprios reis. Foi éforo Epitodeus que, por simples decreto, permitiu a doação entre vivos e o testamento (Plutarco, *Ágis*, 5), o que é para surpreender pela transformação que à sociedade espartana trazia tal medida. (RIZZARDO *apud* CALVANCANTI, 2014, p. 226)

No direito Romano, por sua vez tinham-se as sucessões, em sua forma primária, entre parentes nobres. As primeiras espécies de testamentos à época foram denominadas

testamento *in calatis comitiis*, que eram feitos em tempo de paz, perante as cúrias¹ reunidas; e o *in procinctu*, feitos em tempo de guerra, perante o exército, na eminência de batalha, como aduz Rizzardo (*apud* DAIBERT, 2014).

O testamento evoluiu com a Lei das XII Tábuas, momento em que passou a ser escrito, perante testemunhas. Dessa forma, as espécies de testamentos oriundas no direito Romano progrediram para o fenômeno *per aes et libram*, que consiste na falsa venda da sucessão, realizada na presença das testemunhas (RIZZARDO, 2014).

E o testamento perpassou diversas gerações e países, possuindo nomes diversos, mas com o mesmo objetivo que era de transmissão de um patrimônio.

No Brasil colônia, era presente o instituto do testamento, segundo relata Maria Beatriz Nizza da Silva:

Essas disposições testamentárias encontraram duas classes de preocupações: em primeiro lugar, a expressão de uma religiosidade forte que coloca acima de tudo os cuidados com a alma, não só da testadora, mas de todos aqueles que ela estava ligada, inclusive os próprios escravos; em segundo lugar, o desejo de proteger os elementos mais desprotegidos da família, ou seja, os membros do sexo feminino, filhas, netas, sobrinhas. (SILVA, 1993, p. 299)

Com as ordenações do Reino de Portugal, é que se aprimoraram a noção de testamento trazido pelos romanos. Assim com as ordenações Filipinas surge-se as formas de testamentos, chamadas de testamento aberto ou público, testamento cerrado, testamento particular, testamento nuncupativo (RIZZARDO, 2014).

Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro tem resquícios de todos esses elementos históricos, incorporando no Código Civil de 1916 e mantendo-se no Código Civil de 2002, com aprimoramentos relativos às limitações, bem como do direito de dispor, zelando pela proteção familiar da propriedade e ampliando as espécies de testamento. Com a evolução do testamento surgem as espécies de testamento marítimo, aeronáutico, militar, codicilo e o testamento vital², sendo este sem amparo no Código Civil de 2002.

Em linhas gerais, cabe abordar o que vem a ser cada um dos tipos de testamento presentes no Código Civil de 2002, a saber: testamento público é um instrumento “feito pelo testador no Cartório de Notas, perante o tabelião ou seu substituto, que o escreverá em livro próprio, na presença de duas testemunhas”, conforme aduz Salomão de Araujo Cateb (2012, p.178). O autor acrescenta ainda que pouco importa o nível de conhecimento do testador, cabendo a este redigi-lo, mediante presença do oficial público e das duas testemunhas.

O testamento particular consiste no escrito de próprio punho ou por processo mecânico, sem rasuras ou abreviaturas, o ato deverá ser redigido na presença de três testemunhas e lido por elas, posteriormente deve ser assinado pelo testador, a fim de ratificar a declaração de sua vontade. (CATEB, 2012)

O chamado testamento militar será feito na presença de tabelião ou na ausência deste por seu substituto legal, ante duas ou três testemunhas, na hipótese do testador não

¹ Entende-se por esse termo como o corpo administrativo que auxilia a realeza a exercer seu poder.

² É importante frisar que este artigo mencionará a discussão acerca do uso da expressão “testamento vital”, porém será usado nesse trabalho o testamento vital como sinônimo de diretivas antecipadas de vontade, declaração antecipada de vontade.

souber assinar uma das testemunhas o fará. (BRASIL, 2002)

O testamento cerrado por sua vez, compreende-se por ser um instrumento misto, por mesclar o público e o privado. Esse documento pode ser redigido tanto pelo testador quanto por terceiro, a seu pedido, também na presença das testemunhas tal como no testamento público, mediante presença do oficial público do Cartório de Notas. (CATEB, 2012)

O codicilo é uma espécie de testamento pequeno, sem exigência de testemunhas, redigido a próprio punho como se fosse um esboço, ao qual o testador expõe sua vontade acerca de disposições especiais como enterro, e bens de pequeno valor. (CATEB, 2012)

O testamento aeronáutico e marítimo são atos pelos quais o testador dispõe de seus bens ou faz disposições não patrimoniais, que serão apreciadas após sua morte, desde que esteja a bordo de um navio nacional, de guerra ou mercante, na causa do marítimo e no caso do aeronauta desde que esteja a bordo de aeronave militar ou comercial, ambos mediante presença de duas testemunhas. (CATEB, 2012)

O testamento nuncupativo é realizado diante de situações extremas por compreender uma declaração falada a duas testemunhas, quando o testador estiver gravemente ferido ou em combate. Esse testamento terá validade após ser apresentado em juízo com o depoimento das testemunhas. (CATEB, 2012)

Ante o contexto histórico que influenciou na normatização dos testamentos e suas espécies expressos no Código Civil de 2002, parte-se a análise do instituto do testamento de forma geral, apresentando seu conceito e, por conseguinte far-se-á o estudo do testamento vital propriamente dito.

CONCEITO DE TESTAMENTO

O testamento consiste na expressão de última vontade do testador, sendo, portanto, exercício da autonomia privada. Acerca do conceito de testamento aponta Maria Helena Diniz:

O ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a Lei, não só dispõe, para depois da sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, caput), do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações. (DINIZ, 2007, p. 175)

O autor Zeno Veloso por sua vez aduz que:

O testamento é um negócio jurídico principalmente patrimonial; tipicamente, no sentido tradicional e específico, é um ato de última vontade em que o testador faz disposições de bens, dá um destino ao seu patrimônio, nomeia herdeiros, institui legatários, e isso acontece, realmente, na grande maioria dos casos.³

Neste sentido, o testador (autor da herança) dispõe acerca dos seus bens patrimoniais e não patrimoniais para depois da morte.

Desse modo o testamento está amparado pelo ordenamento jurídico, disposto no artigo 1.857 do Código Civil de 2002 ao caracterizar o testamento como um instrumento personalíssimo, podendo ser alterado a qualquer tempo. (BRASIL, 2002)

³ VELOSO, Zeno. *Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/zeno_testamento.doc>. Data de acesso: 02 de setembro de 2017.

Não obstante, essa menção ao Código há que se falar que o testamento não abrange tão somente a disposição de última vontade atinente exclusivamente a bens patrimoniais, ou seja, o testador pode dispor acerca de bens ditos não patrimoniais, como ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Essa noção limita a manifestação de vontade às disposições patrimoniais, quando se sabe que a vontade do testador pode ser externada para fins de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento reconhecimento dos filhos fora do casamento (arts. 1.857 e 1.858). Essa noção limita a manifestação de vontade às disposições patrimoniais, quando se sabe que a vontade do testador pode ser externada para fins de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (CC, art. 1.609, III), nomeação de tutor para filho menor (art. 1.729, parágrafo único), reabilitação do indigno (art. 1.818), instituição de fundação (art. 62), imposição de cláusulas restritivas se houver justa causa (art. 1.848). (GONÇALVES, 2012, p. 217)

Por isso, o Código Civil de 2002 assegura no artigo 1.857, parágrafo segundo, que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado” (BRASIL, 2002). Ora, então a partir dessa premissa surge o ponto central a ser estudado neste artigo, a análise das diretivas antecipadas de vontade ante o testamento vital, haja vista que o legislador deixou aberta e assegurada a autonomia de vontade do testador ao versar no testamento de bens não patrimoniais, como é o caso do testamento vital.

Daí surge à importância de abordá-lo e avaliar qual o parâmetro adotado para amparar um instituto sem legislação própria, razão pela qual o estudará o assunto especificamente a diante.

TESTAMENTO VITAL

O testamento vital é um documento por meio do qual o testador, capaz, expressa a sua vontade acerca da possibilidade de se submeter ou não a determinados procedimentos e tratamentos médicos, quando acometido por alguma doença incurável ou em fase terminal. Nesse sentido Luciana Dadalto ensina que:

O testamento vital é um documento de manifestação de vontades pelo qual uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos, a ser utilizado quando o outorgante estiver em estado terminal, em EVP ou com uma doença crônica incurável, impossibilitando de manifestar livre e conscientemente sua vontade. (DADALTO, 2015, p. 97)

Para Éverton Willian Pona, o conceito de testamento vital deriva de uma espécie das diretivas antecipadas de vontade denominadas de testamento vital, mandato duradouro ou procuração para cuidados de saúde, acerca disso o autor assevera que:

Diretivas antecipadas de vontade são gênero, conhecidas na origem como *advance directives*, trata-se de documentos por meio dos quais uma pessoa expressa antecipadamente suas preferências em relação aos tratamentos e cuidados médicos que deseja ou não receber para a ocasião em que não mais possa expressar-se autonomamente ou, então, nomeia um procurador para a tomada das decisões em seu lugar. (PONA, 2015, p. 40)

Outro fator relevante é apontar a destinação do testamento vital vários autores como Juana Tereza Betancor, Ezekiel J. Emanuel, Linda Emanuel e Luciana Dadalto entendem

que o testamento vital é um documento rejeicionista⁴, destinado unicamente para situações de terminalidade da vida, fato é que existem diversos apontamentos sobre o fim para o qual o testamento é utilizado, como aduz Pona:

- a) Seria um documento para ser utilizado em situações de fim de vida e com caráter de rejeição do prolongamento indevido da vida (rejeicionista).
- b) Destina-se ao fim da vida, mas pode ser utilizado tanto para requerer a aplicação de todos os métodos de prolongamento, como para a recusa.
- c) Poder-se ia utilizá-lo em qualquer situação de incapacidade, mas somente poderia referir-se a recusa de tratamentos ou
- d) Destina-se a suprir a vontade do paciente em quaisquer que sejam as situações de incapacidade pela recusa de tratamento. (PONA, 2015, p. 43-44)

Desta feita, para Pona o testamento vital é “um documento que não tem caráter exclusivamente rejeicionista, mas está destinado a suprir, como manifestação antecipada de vontade, a deficiência de autonomia em quaisquer situações nas quais o paciente não possa expressar-se por si próprio”, assim segundo o autor o paciente pode estabelecer no documento “quaisquer tratamentos aos quais está ou não disposto a submeter-se” (PONA, 2015, p. 44-45).

Diversas são as terminologias usadas para se referir ao testamento vital, ao qual tem inclusive críticas, no que tange à relação entre o nome usado e conteúdo (significado do termo). Para tanto Pona explica o uso do termo correto a se referir ao documento usado para exprimir sua vontade prévia acerca do fim da vida:

Desde muito cedo presenciavam-se críticas da doutrina quanto à adoção da expressão testamento vital (living Will). Especificamente critica-se a noção de testamento (Will), posto que o instituto, no direito das sucessões, destina-se a produzir efeitos única e exclusivamente depois da morte do testador, ao passo que o testamento vital vigora enquanto o seu feitor ainda está vivo, mas apenas incapacitado de expressar sua vontade. Diz-se não representar o testamento vital, de modo algum, uma declaração de última vontade do sujeito, mas sim, declaração antecipada de vontade ou diretrizes de vontades antecipadas. (PONA, 2015, p. 40)

Pona ainda ressalta os apontamentos de Dadalto sobre a expressão testamento vital, segundo a autora trata-se do resultado de “errôneas e sucessivas traduções” (PONA *apud* DADALTO, 2015, p. 41). Nesse sentido, segundo Pona, o dicionário Oxford traduz a palavra Will como sendo, vontade, desejo e testamento, enquanto a palavra living pode ser o substantivo sustento, adjetivo vivo ou o verbo vivendo. Dessa forma, Éverton Willian Pona aponta como tradução correta “desejos de vida ou, ainda, disposição de vontade de vida, expressão que também designa testamento”. Assim segundo Pona, o termo mais adequado seria “declaração prévia de vontade do paciente terminal” (PONA, 2015, p. 41).

É importante frisar que a declaração prévia de vontade do paciente terminal não versa tão somente as situações referentes ao estado terminal do paciente, podendo tratar das questões de estados clínicos que possam vir a colocar em risco a vida do paciente, considerando, portanto, que o testamento vital será um documento que antecede essa

⁴ A expressão rejeicionista é usada constantemente nas obras dos autores estudados nesse artigo, principalmente nas obras de Éverton Willian Pona e Luciana Dadalto. O termo se refere à rejeição feita pelo paciente, de tratamentos ou procedimentos médicos quando está em fase de terminalidade da vida. Essa expressão abordou a rejeição ou não a tratamentos quando em fase terminal de pessoa incurável, porém com passar do tempo os autores perceberam que a utilização desse termo seria mais adequada quando o paciente expressa sua vontade em não se sujeitar a tratamentos ou procedimentos quando acometido de doença em fase termina.

situação, realmente prevendo o que possa acontecer e se resguardar de determinados procedimentos e procedimentos aos quais não quer ser submetida. (PONA, 2015)

Outro aspecto levantado pelo autor é a distinção de testamento comum e testamento vital, principalmente no que tange aos efeitos do documento, isso porque aquele destina a produzir efeitos após a morte do testador, e seu conteúdo versa, normalmente, acerca de bens patrimoniais, ao passo que o testamento vital produz efeitos antes da morte do testador e as disposições do documento tratam de situações “jurídicas subjetivas existenciais e autonomia do indivíduo” (PONA, 2015, p. 42).

É interessante destacar que a denominação utilizada deve levar em consideração a destinação e os fundamentos do instituto, assim, não haverá prejuízo no termo a ser usado se compreendido as peculiaridades do testamento vital. (PONA, 2015)

Uma das peculiaridades do testamento vital é a sua forma escrita, que deverá ser feito por pessoa com discernimento, sendo aplicado nos casos de fase terminal do paciente, momento em que não poderá expressar sua vontade. (DADALTO, 2015)

A essência do testamento vital está no tratamento digno segundo a vontade do testador, mediante procedimentos ordinários para amenizar o sofrimento, assegurando-lhe uma vida digna, como aduz Maria de Fátima Freire de Sá “o ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa” (SÁ, 2005, p. 32).

Estes tratamentos ordinários visam basicamente abrandar o sofrimento do paciente, sendo denominados cuidados paliativos ou tratamento ordinário diferentemente dos tratamentos extraordinários que consistem no prolongamento da vida a partir de procedimentos que não surtirão efeito na cura ou amenizará o sofrimento, tampouco alterará a situação de terminalidade do paciente. (DADALTO, 2015)

O testamento vital versa exatamente sobre os tratamentos extraordinários, o qual será objeto de recusa pelo paciente. A suspensão deste tratamento é denominada Suspensão de Esforço Terapêutico, instituto este muito bem esclarecido por Diaulas Costa Ribeiro que explica: “Com o SET o paciente não morre de uma overdose de cianureto de potássio, de adrenalina ou de heroína; morre da própria doença, da falência da vida que só é eterna na prosa, na poesia e na visão perspectiva de algumas religiões” (RIBEIRO, 2006, p. 281).

Isso posto, observa-se que prevalece a autonomia da vontade do testador, respeitado como ser humano autônomo, objetivando garantir os desejos do paciente, bem como resguardar os médicos na tomada de decisões nessas situações de terminalidade. (DADALTO, 2013)

Concernente ao conteúdo Dadalto leciona o que constará no testamento vital:

Quanto ao conteúdo, a doutrina estrangeira tem apontado para três pontos fundamentais: os aspectos relativos ao tratamento médico, como a SET, a manifestação antecipada se deseja ou não ser informado sobre diagnósticos fatais, a não utilização de máquinas e previsões relativas a intervenções médicas que não deseja receber, entre outras; a nomeação de um procurador. (DADALTO, 2015, p. 99)

Segundo a autora o testamento vital tem efeito *erga omnes* seja para aos médicos, parentes e procurados caso possua. A autora ainda ressalta que há limites quanto ao conteúdo apontado, no que tange “a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico e disposições que sejam contraindicadas a patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela medicina” (DADALTO, 2015, p. 100).

Luciana Dadalto levanta à questão da objeção do médico a vontade do paciente, assinala que essa objeção é muito discutida, haja vista que no Código de Ética Médica prevê a possibilidade de o médico recusar a praticar determinado ato que seja contrário à sua consciência, embora permitido em Lei. Todavia, a recusa do médico deve ter por fundamento questões relativas à moral, a ética, a religiosa, é imprescindível ter uma justificativa, mesmo que de cunho íntimo, apontando o motivo pelo qual está recusando a vontade do paciente, podendo inclusive encaminhar o paciente a outro médico que não se oponha a realizar os procedimentos de acordo com a vontade do testador/paciente. (DADALTO, 2015)

Sobre a proibição de testar acerca de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, prevalece a preocupação quanto à prática da eutanásia, ortotanásia e distanásia e dispor delas no testamento vital. (DADALTO, 2015)

Relativo às disposições contraindicadas a patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela medicina, o testador não poderá dispor delas vez que estão em detrimento do melhor interesse do paciente. Além disso, há a possibilidade de no decorrer do tratamento venha a surgir métodos ou medicamentos cujo papel seja de tratamento ordinário, inexistentes a época da confecção do testamento, ao qual não poderá ser disposto no testamento vital pelo paciente. (DADALTO, 2015)

Considerando as características gerais de um testamento, o testamento vital é um negócio jurídico solene, deverá ser escrito e registrado em cartório competente. (DADALTO, 2015)

Nesse compasso, o testamento vital exige como requisito que a pessoa esteja no gozo completo de suas faculdades mentais, o documento será lavrado por meio de escritura pública em cartório de notas. Ressalta-se que não há exigência legal de testemunhas ou procurador, mas recomenda-se a presença de ambos, a fim de evitar discussões judiciais futuras acerca da faculdade mental do requerente. Os documentos necessários para proceder ao registro da declaração prévia de vontade são: identidade, cadastro de pessoas físicas das partes, certidão de nascimento ou casamento, bem como atestado que comprove a sanidade mental para os maiores de 60 anos.

Ademais, qualquer procedimento atinente ao corpo, personalidade, administração familiar e patrimonial poderá constar no testamento vital, quando, eventualmente, o requerente estiver acometido por moléstia grave ou acidente que impossibilite de expressar sua vontade.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DO TESTAMENTO VITAL

A doutrina aponta diversos princípios que estão relacionados ao testamento vital,

porém existem dois que são de suma importância e notórios nas diretivas antecipadas de vontade: autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, que estão intrinsecamente ligados.

Princípio da autonomia da vontade

As diretivas antecipadas de vontade estão intrinsecamente ligadas à proteção da vontade do indivíduo ao minuciar as disposições relativas ao testamento vital, razão pela qual merece ser abordado.

Neste norte, Pona *apud* Emmanuel Kant, em sua obra Testamento Vital e Autonomia Privada, menciona o conceito de autonomia segundo as percepções de Kant:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua Lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como Lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é, da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori. (PONA *apud* KANT, 2015, p. 133)

Assim, compreende-se o termo autonomia como o “autogoverno do eu” derivado do grego *autos* (próprio) e *nomos* (regra, governo ou Lei). A autonomia consiste no princípio supremo da moralidade, está relacionada à “aptidão do ser racional de legislar e de submeter-se, ao mesmo tempo, à Lei legislada, Lei que deve ser passível de aceitação por todos os seres racionais”, segundo leciona Letícia Ludwing Moller *apud* Kant (2012, p. 83).

Rosângelo Rodrigues Miranda transmuta o conceito de autonomia da vontade para autonomia privada ao dizer que:

O conceito de autonomia privada é, etimologicamente, a confluência dos termos gregos ‘autos’ e ‘nomos’, e do latino ‘privatum’, de maneira que ‘autos’ é pronome reflexivo a significar a ação do próprio indivíduo sobre si mesmo e ‘nomos’ é a máxima, o uso, o costume com força de Lei, ou mais propriamente, a regra de conduta segundo o direito e o costume. ‘Privatum’, por sua vez, é o particípio passado do verbo ‘privo’, cuja função de adjetivo passa a qualificar aquilo que é próprio, particular, pessoal ou do simples cidadão. (MIRANDA, 2001, p. 277)

Ademais, o princípio a autonomia da vontade agregado ao princípio da dignidade da pessoa humana “conformam a noção de um direito do paciente terminal de morrer ao seu modo” (MOLLER, 2012, p. 93). Dessa forma o próprio paciente aponta quais os procedimentos que quer ser submetido ou não, com base na sua decisão autônoma, respeitando os limites legais.

Nessa perspectiva de definir a autonomia de vontade como ponto fundamental nas diretivas antecipadas Moller ensina que se deve analisar a “possibilidade de que o direito do paciente terminal de poder definir os rumos de seu tratamento médico, de não ser excluído do processo decisório acerca do final da sua vida e de poder optar por um modo de morrer que esteja em harmonia com os seus valores” (MOLLER, 2012, p. 115).

Nesse compasso, o princípio da autonomia privada é o pilar do testamento vital por ser a partir dele que o paciente exercerá a sua vontade, acerca dos procedimentos ou tratamentos que será ou não submetido, no caso de encontrar-se em fase terminal.

Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está enlaçada ao princípio da autonomia privada por se tratar de situações subjetivas existenciais, ou seja, a autonomia privada está ligada ao cumprimento do dever de eficácia, como apresenta Pona:

As diretivas antecipadas de vontade retiram substrato jurídico de seu sólido repouso no sustentáculo da autonomia privada. Fonte de normas jurídicas, esse poder fornece juridicamente e força vinculante às declarações do indivíduo relativas ao seu tratamento e cuidados médicos.

Sob o viés da justificação moral de vinculatividade, a autonomia constrói-se como parte de um conceito de integridade, ao qual assegura ao indivíduo a continuidade de sua identidade para os casos de incompetência e permite-lhe a eleição dos nortes os quais guiarão sua vida até o fim. (PONA, 2015, p. 249)

Assim a relação entre a autonomia de vontade e a dignidade da pessoa humana fornece “a pedra angular sob a qual se permite edificar e justificar o instituto das diretivas antecipadas” (PONA, 2015, p. 249). Para tanto, é profícuo apontar o conceito de dignidade da pessoa humana na doutrina, a fim de encontrar respaldo na defesa do direito de morrer.

Pona *apud* Kant fundamenta o que vem a ser a dignidade da pessoa humana sob uma perspectiva filosófica ao ensinar que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade (PONA *apud* KANT, 2015, p. 257).

Ainda acrescenta:

Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade. (PONA *apud* KANT, 2015, p. 257)

Os apontamentos de Kant na obra de Pona não podem ser ignorados pelo ponto de vista jurídico, vez que embasa de fato o que vem a ser esse princípio tão protegido pela Carta da República de 1988. Pona (2015, p. 258) considera que a dignidade decorre “da sua potencialidade racional, da capacidade de autonomia, de determinar-se seguindo os desígnios da razão”.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como uma “qualidade intrínseca da pessoa humana” e o autor leciona ainda que esse princípio tem características próprias que devem ser levadas em conta, como o caráter de ser: “irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade” (SARLET, 2008, p. 19).

Luís Roberto Barroso refere-se à dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Trata-se de um valor objetivo, que independe das circunstâncias pessoais de cada um, embora se venha dando crescente importância aos sentimentos de autovalor e autorrespeito que resulta do reconhecimento social do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro antiautoritário. (BARROSO, 2010, p. 22)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também direciona o conceito de dignidade da pessoa humana e se consolida na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso terceiro, ao trazer o instituto como fundamento da República.

Nesse ponto, como mencionado alhures a dignidade da pessoa humana está entrelaçada à autonomia de vontade, bem como está prevista expressamente na Carta da República, portanto, deve ser levado em consideração quando se tratar das diretivas antecipadas de vontade, vez que se trata do direito do dizer individual de como será sua vida ou morte digna, segundo suas próprias perspectivas dentro da legalidade e sob o viés da autonomia e da dignidade.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA VERSUS DIREITO À VIDA

As diretivas antecipadas de vontade surgem para assegurar à dignidade da pessoa humana, zelando pela autonomia de vontade privada do indivíduo que idealiza seus anseios na ocorrência de doença incurável.

Essa relação entre a dignidade e à vida remonta a existência do direito à morte com dignidade e autonomia do enfermo, a partir do momento em que reconhece a este os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, “revelando que um pretense embate entre princípios fundamentais, quais sejam, o direito à dignidade humana, o princípio da autonomia e o direito à vida, pode ser solucionado pela compreensão do pluralismo moral e respeito à diversidade de culturas”⁵ (MOLLER *apud* BRAUNER, 2012, p. 13).

Dessa forma, “em uma sociedade pluralista, a assistência à saúde, o ambiente hospitalar e os profissionais da saúde devem pautar-se pela consideração e pelo respeito à diversidade” (MOLLER, 2012, p. 148).

Assim há de se considerar que a sociedade é pluralista e dada essa pluralidade seja de cultura, de crenças, de valores é imprescindível o respeito a elas e principalmente no que tange no direito à vida.

E o princípio da dignidade ganha força ao tratar da morte com dignidade, sobre isso assinala Pona *apud* Leo Pessini:

Dignidade vem designar a capacidade de decidir e agir por si mesmo, que denominamos autonomia e autodeterminação, independência, e a qualidade da imagem que se oferece de si mesmo ao outro. (...) onde a visão clássica da dignidade humana reforça o valor inalienável da pessoa e uma postura de respeito, a linguagem ‘morte com dignidade’ leva a afirmar uma ‘perda da dignidade’ que só uma morte voluntária antecipada poderia evitar. (PONA *apud* PESSINI, 2015, p. 262)

⁵ O conceito de pluralismo segundo a autora Letícia Ludwing Moller é compreendido como a diversidade de vertentes morais, tradições, costumes, crenças em uma mesma sociedade, em um mesmo espaço. Dentro dessa diversidade de pensamentos é difícil formular um padrão cultural como correto, devendo haver cooperação e respeito entre eles. A autora entende que deve existir um “pluralismo normativo que permita a coexistência – harmoniosa e pacífica – de estilos de vida, concepções de bem e visões morais distintas entre si.” (MOLLER, 2012, p.149).

Nessa perspectiva o indivíduo aponta sua própria visão e condição de vida a qual deseja se submeter, “refletindo a liberdade de cada pessoa julgar quais circunstâncias as afetam” (PONA, 2015, p. 262). Desse modo, a dignidade vislumbra em quais situações o paciente quer a intervenção dos procedimentos médicos, dizendo até que ponto acha conveniente a manutenção da vida e sua respectiva qualidade, bem como o momento em que a morte é fim digno, segundo sua própria concepção.

Não obstante essa consideração do princípio da dignidade da pessoa humana Letícia Ludwing Moller levanta a questão do que vem a ser a morte digna, e esclarece à temática:

Uma concepção particular acerca do que seja morrer de forma digna tampouco poderá ser imposta. Não é difícil perceber a inviabilidade de se chegar a um consenso universal com relação ao conteúdo “morte digna”: se digno é morrer lutando pela vida até o último instante buscando adiar ao máximo o momento da morte ou, por outro lado, se digno é morrer de forma serena, sem dor e sofrimento e sem buscar prolongar artificialmente o final da vida. (MOLLER, 2012, p. 151)

Diante da observação feita por Moller, depreende-se que morte digna é um conceito íntimo de cada indivíduo, cada qual saberá ponderar a sua dignidade de acordo com seus valores ante a fase terminal de sua vida. Todavia, isso não significa que “limites não possam ser impostos ao exercício desse entendimento particular acerca da morte ideal” (MOLLER, 2012, p. 152).

O direito à vida é um direito fundamental e, além disso, é um “dever à vida”, como aponta Moller (2012, p. 145), direito este assegurado no artigo 5º da Constituição Federal, ao qual a autora faz algumas ponderações:

Entende-se que o dispositivo não estabelece deveres à vida, à liberdade, à segurança etc., e sim, deveres de abstenção ou de prestação por parte do Estado correlatamente ao direito de que é detentor o indivíduo. Além do que, o direito à vida não é posto como o único ou preponderante direito fundamental da Constituição e do Estado brasileiros, senão que um dos fins protegidos como direitos fundamentais, ao lado, por exemplo, da liberdade. Ambos certamente não podem ser considerados direitos absolutos: no caso do direito à vida, os direitos à legítima defesa e a proceder ao aborto em algumas situações específicas, o comprovam. Buscando refletir sobre a situação do paciente terminal que deseja ter um final de vida mais sereno, sem padecer atrelado a aparelhos ou submetendo-se a tratamentos penosos e muitas vezes ainda tecnicamente ineficazes para o seu quadro clínico, não pode ser imposta: ela poderá estar agredindo sobremaneira as convicções à integridade, à dignidade e à autonomia. (MOLLER, 2012, p. 145)

É relevante dizer que o direito à vida não é absoluto, como bem destacou a autora, e dada essa relatividade permite-se que o paciente acometido por uma doença incurável tenha seus direitos assegurados por meio do testamento vital que porventura tenha feito, haja vista que, tal documento deve ser redigido antes da perda da capacidade do paciente e da situação de terminalidade da doença, tendo assim, assegurado a sua dignidade e autonomia.

Na Carta Fundamental, especificamente no artigo 5º, inciso II e XXXV o legislador remete justamente ao objeto de estudo deste artigo, sobre o direito do paciente de recusar a submeter a procedimentos, exames e tratamentos médicos e ainda de poder o paciente recorrer ao poder judiciário quando este direito for lesionado. Assim dispõe os referidos dispositivos:

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:

(...)

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei;

(...)

XXXV - a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

Neste viés, percebe-se que mesmo não havendo a sistematização do testamento vital, os direitos a ele inerentes podem ser requeridos perante o juízo, assegurando que o paciente tenha suas vontades dirimidas junto ao poder judiciário.

TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com a falta de legislação própria o parâmetro normativo usado para amparar o testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro é a interpretação integrativa das normas constitucionais, bem como das normas infraconstitucionais, como o Código Civil de 2002.

Essa interpretação integrativa é aceita pelos tribunais, por ter aparato constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III do referido diploma, princípio da autonomia, disposto implicitamente no artigo 5º e ainda a proibição de tratamento desumano, previsto no artigo 5º, III. Como menciona Luciana Dadalto “são arcabouços suficientes para a defesa do testamento vital, vez que o objetivo deste instrumento é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de terminalidade da vida” (DADALTO, 2015, p. 179).

Em linhas gerais, as diretivas antecipadas de vontade (testamento vital) têm por pilar a autonomia da vontade, garantindo a dignidade da pessoa humana e a liberdade de escolher se quer se submeter aos procedimentos médicos ou não.

No capítulo II dos direitos da personalidade do Código Civil de 2002 o legislador cuidou de dispor acerca dessa submissão ou não do paciente a intervenção médica que não surtirá nenhuma reversibilidade da doença, ao dispor no “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. (BRASIL, 2002)

No Estado de Minas Gerais a Lei 16.279 de 20 de julho de 2006⁶ dispõe acerca da recusa do paciente, legislação essa criada por influência da Lei Mário Covas (Lei 10.241/1999) do Estado de São Paulo, porém a legislação mineira não menciona o procedimento a ser adotado:

LEI 16.279, DE 20/07/2006

Dispõe sobre os direitos dos usuários das ações e dos serviços públicos de saúde no Estado.

⁶ BRASIL. Lei 16.279 de 20 de julho de 2006. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=16279&ano=2006>>. Data de acesso 15 de outubro de 2017.

(...)

Art. 2º - São direitos do usuário dos serviços de saúde no Estado:

I - Ter atendimento digno, atencioso e respeitoso;

(...)

VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, ser submetido a procedimentos diagnósticos ou terapêuticos, salvo em caso de iminente perigo de vida; (BRASIL, 2006).

O Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, que foi realizada na cidade de São Paulo e aprovado no dia 15 de maio de 2014, versa sobre o assunto ao dispor que:

ENUNCIADO N.º 37

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.⁷

O Enunciado foi aprovado, mas para Dadalto o texto não parece ter sido escrito com os conhecimentos técnicos de que necessita, prejudicando a forma das diretivas equiparando-o ao um mero contrato, ao qual necessita de testemunhas; não menciona a imprescindibilidade do advogado para tratar da questão. “Por fim, ressalta-se que o enunciado não elucida as questões mais controversas: prazo de validade, possibilidade de decisão de incapazes com discernimento, a necessidade de Lei específica, quais cuidados e tratamentos podem ser recusados” (DADALTO, 2015, p. 178).

O Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução nº 1.805 de 28 de novembro de 2006⁸ tratou das diretivas antecipadas de vontade, conforme se observa na ementa:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (BRASIL, 2006)

A referida Resolução foi alvo de muitas críticas, pois se acreditava que estava validando a ortotanásia, além de ser caracterizada uma atitude antiética dos médicos, quando na realidade abria-se a discussão sobre a necessidade de regular as diretivas antecipadas de vontade.

Por conseguinte, houve a edição de outra Resolução sob o nº 1.995 de 31 de agosto de 2012⁹, tendo em vista que não foram inseridas na exposição de motivos do Código de Ética Médica (Resolução 1.931/09) as diretivas antecipadas de vontade, fazendo-se necessária que a medida fosse tomada.

7 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Data de acesso 16 de outubro de 2017.

8 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.805 de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Data de acesso 15 de outubro de 2017.

9 BRASIL. Resolução sob o nº 1.995 de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>>. Data de acesso 15 de outubro de 2017.

TESTAMENTO VITAL VERSUS EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA

O testamento vital é um instituto com peculiaridades próprias que se distingue da eutanásia, ortotanásia e distanásia, razão pela qual será feita uma abordagem conceitual de cada um de modo a esclarecer tal distinção.

A eutanásia consiste na antecipação da morte, feita por um médico, como meio de evitar maiores sofrimentos seja físico ou psíquico, de paciente que esteja acometido por doença, sem perspectiva de melhora e que deseja que seja realizado tal procedimento (SÁ, 2012). A eutanásia é considerada crime de homicídio na forma privilegiada, conforme dispõe o artigo 121, §1^a do Código Penal Brasileiro “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. (BRASIL, 1940)

A distanásia por sua vez, “visa prolongar a vida ao máximo, ficando a sua qualidade em segundo plano. Neste procedimento, a preocupação é em relação ao tempo em que se conseguiria prolongar a vida, buscando a todo custo evitar a morte”. Situação esta que caracteriza claramente uma forma de vida artificial. (PESSINI, 2004, p. 221)

Para Maria Helena Diniz, “trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte” (DINIZ, 2001). Assim, a distanásia também não é um crime, por não estarem presentes os elementos do tipo penal.

A ortotanásia é compreendida como um procedimento em que o paciente não é submetido a tratamentos que prolongariam a sua vida a qualquer custo, como ocorre na distanásia, vez que não surtiriam efeitos e lesionaria a dignidade do paciente, portanto, caberiam tão somente os cuidados paliativos, com o fim de evitar um sofrimento, dor. (BOMTEMPO, 2011)

Esse instituto não é considerado crime por falta de elemento subjetivo do tipo penal, por ser um fato penal atípico e excludente de ilicitude nos termos do artigo 121, §4^o do Código Penal Brasileiro “Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão” (BRASIL, 1940).

Ante os conceitos apresentados, percebe-se que são bem distintos do testamento vital, vez que este prevê, documentalmente, antes da ocorrência da doença ou situação de terminalidade do paciente, os procedimentos aos quais deseja ou não ser submetido. Dessa maneira, o paciente está com plena capacidade de decidir acerca da sua morte de forma digna, segundo seus valores e crenças. Diferentemente da eutanásia e distanásia e ortotanásia que são mecanismos implementados quando da situação de terminalidade, sem, talvez, o discernimento completo do paciente para decidir o que é melhor para ele.

E no caso eutanásia e distanásia tem-se ainda a participação ativa do médico para antecipar a morte ou prolongar a vida a qualquer custo, o que não é objeto do testamento

vital. Este visa à manutenção dos tratamentos ordinários (cuidados paliativos), podendo o paciente dispor somente aos tratamentos extraordinários ou fúteis.¹⁰

Desse modo, “as disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou que prevejam tratamentos já superados pela medicina não podem ser consideradas válidas, pois são contrárias ao melhor interesse do paciente” (DADALTO, 2015, p. 102). Com essa limitação inviabiliza ou descaracteriza a semelhança entre a eutanásia, distanásia, ortotanásia e o testamento vital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios o testamento vem se transformando e a cada geração se aperfeiçoa de acordo com as mudanças da sociedade, todavia, as legislações não conseguem acompanhar a rapidez das evoluções da modernidade, isso inclui o testamento vital que ainda não possui sistematização expressa. Essa espécie de testamento é diferente do testamento comum, que são disposições para depois da morte do testador. No testamento vital, que é uma espécie do gênero diretiva antecipada de vontade e tem eficácia inter vivos, ou seja, suas disposições são atendidas enquanto o testador ainda estiver vivo e acometido por uma fase de terminalidade de vida. Alguns autores entendem que o uso da expressão testamento vital é errônea, uma vez que o termo testamento se refere a disposições para depois da morte, o que não ocorre na diretiva antecipada de vontade, devendo o instituto se chamar de declaração antecipada de vontade.

E com o fim de resguardar os direitos dispostos na declaração antecipada de vontade, os doutrinadores apontam os princípios que norteiam o tema, por entenderem que a Constituição Federal ampara o testamento vital. Assim os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e o princípio da liberdade são os pilares que alicerçam o testamento vital e por isso, embora ainda com pouca utilização, o instrumento exista e é permitido de se fazê-lo e registrar em cartório de notas.

É cediço que mencionar a expressão morte atormenta muitas pessoas e dispor acerca do que vem a ser morte digna é ainda mais difícil, por trazer a ideia de que ela está próxima, além de reafirmar que ela vai chegar, porém faz-se necessário demonstrar que essa concepção está errônea. Por isso, ainda há objeções quanto às diretivas antecipadas de vontade.

A dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade está amparado constitucionalmente em vários dispositivos da referida Carta, com influência, inclusive, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e por isso evidencia-se que o direito da pessoa com doença em estágio terminal também está amplamente assegurado pela Constituição quando da recusa de procedimentos médicos, com o fim de ter uma morte natural e digna e ao mesmo tempo viver o que lhe resta também de forma digna.

¹⁰ As expressões “fúteis” são usadas no presente artigo como sinônimo de procedimentos extraordinários, compreendidos como aqueles que não revertem o estado clínico do paciente, prolongando o sofrimento físico e psíquico, caracterizando assim como tratamento fútil, que não surtirá efeitos na melhora do paciente acometido por doença em fase terminal. Luciana Dadalto apud James F. Drane conceitua da seguinte forma: “um tratamento fútil não apresenta benefícios ao paciente e se chega a essa conclusão temo por parâmetro a situação do paciente, (...) gravidade da doença, a esperança de vida” (DADALTO apud DRANE, 2015, p. 40).

Essa cautela com a morte digna é muito discutida judicialmente por levantar questões atinentes ao direito à vida, que muito embora seja fundamental não é absoluto e deve ser tratado sob essa perspectiva e analisado conjuntamente com os princípios da dignidade, da autonomia e da liberdade.

Assim, permitir que a pessoa possa fazer suas próprias escolhas relativas à sua morte é assegurar sua dignidade, sua liberdade, bem como sua autonomia privada, porém a ausência de normas que regulem o testamento vital no Brasil retira a segurança jurídica desse instituto.

É importante frisar que as resoluções do Conselho Federal de Medicina não abarcam toda a instrumentalidade necessária para regular a temática, apenas faz referências abstratas sobre o assunto e assim deixa a sociedade à mercê de dispositivos soltos, que não fornecem a segurança precisa para se dispor acerca da saúde e da vida do paciente.

Fato é que os cartórios de Notas registram o testamento vital, porém dada a falta de regras para direcionar o testamento, acaba por serem passíveis de ações judiciais a fim de dar eficácia ao referido instrumento, o que a legislação poderia suprir e talvez, erradicar com processos dessa espécie no judiciário.

Uma grande referência de Lei que regula o testamento vital é o Ato para Consentimento para Tratamento Médico e Cuidados Paliativos da Austrália, que legislou detalhadamente sobre as diretivas antecipadas de vontade, podendo servir de parâmetro para o Brasil, que não possui nenhuma Lei que verse sobre o assunto de forma clara e concisa.

Ademais, ressalta-se que o presente artigo se ateve em diferenciar a eutanásia, distanásia e ortotanásia do testamento vital, vez que era considerando um ponto em desfavor deste, haja vista que alguns doutrinadores acreditam que a declaração antecipada de vontade busca regular estes institutos, quando na realidade são distintos do testamento vital. No caso da eutanásia, como estudado, trata-se de um crime previsto no Código Penal Brasileiro, enquanto a distanásia é o prolongamento da vida a qualquer custo e a ortotanásia por sua vez é o uso tão somente dos cuidados paliativos, zelando pela morte natural.

O testamento vital ao contrário é um documento prévio que regula as vontades do indivíduo antes da fase de terminalidade, com limitações quanto aos tratamentos ordinários, aos quais não podem ser dispostos no testamento vital, a fim de que sejam suspensos, além de tratamentos já testados e indicados ao caso do paciente.

Assim, a vontade do paciente não é absoluta, mas está respaldada nas situações em que exijam tratamentos extraordinários, que prolongaria a vida cominada com o sofrimento intenso e desnecessário do indivíduo, o que não é permitido, até porque a Carta Magna assegura como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana que deve ser zelada, inclusive na morte.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória

para debate público. Mimeografado, 2010.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Análise constitucional da ortotanásia: O direito de morrer com dignidade. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?Nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=10386>. Data de acesso 15 de outubro de 2017.

BRASIL. Código Civil de 2002. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Código Penal. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina: Resolução nº 1.805 de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Data de acesso: 15 de outubro de 2010.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Lei 16.279 de 20 de julho de 2006. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=16279&ano=2006>>. Data de acesso 15 de outubro de 2017.

BRASIL. Resolução sob o nº 1.995 de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&difs&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>>. Data de acesso 15 de outubro de 2017.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A bioética e os progressos tecnocientíficos da medicina moderna: quais os limites de segurança? Centro de ciências jurídicas. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1999.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Data de acesso 16 de outubro de 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.805 de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Data de acesso 15 de outubro de 2017.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. 12 ed. São Paulo: Hemus, 1975.

DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DADALTO, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das sucessões*. 14. ed São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. Ensaio sobre a tutela da autonomia privada na Convenção Americana de Direitos Humanos. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de autonomia privada – caderno 2*. São Paulo: Juruá, 2001.

MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PESSINI Léo. *Eutanásia - Por que abreviar a vida?* Editora do centro universitário são Camilo. Edições Loyola, são Paulo, Brasil, 2004.

PONA, Éverton Willian. *Testamento Vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas*. In: Congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 8 eds. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. MOUREIRA Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas da vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Vida privada e cotidiana no Brasil (na época de D. Maria I e D. João VI)*. São Paulo: Referencia/editorial Estampa, 1993.

VELOSO, Zeno. *Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/zeno_testamento.doc>. Data de acesso: 02 de setembro de 2017.

A garantia de territorialidade aos povos indígenas na convenção N° 169 OIT

Maria Eduarda Macenhan Pavesi

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG/PR)

Marianne Raier de Lara

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG/PR)

Taynara Cristine Itaoui

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG/PR)

Pedro Fauth Manhães Miranda

Doutor em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogado inscrito na OAB/PR

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar a garantia de territorialidade aos povos indígenas, a partir da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Para alcançar esse objetivo geral, são propostos três objetivos específicos: examinar o conteúdo e os princípios da Convenção nº 169 OIT em relação aos direitos territoriais dos povos indígenas; analisar os desafios e obstáculos enfrentados na implementação efetiva desses direitos; e, discutir os impactos e benefícios da garantia de territorialidade para os povos indígenas e para a conservação do meio ambiente. A metodologia utilizada neste estudo é de natureza bibliográfica, com base em uma revisão sistemática da literatura existente sobre o tema. Foram consultados livros, artigos científicos, relatórios governamentais e documentos internacionais relevantes, a fim de embasar a análise e discussão dos direitos territoriais dos povos indígenas no âmbito da Convenção nº 169 OIT. Ao final, restou evidenciada a importância da Convenção nº 169 OIT na proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas e a necessidade de fortalecer sua implementação efetiva.

Palavras-chave: povos indígenas. territorialidade. convenção nº 169 OIT.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to analyze the guarantee of territoriality for indigenous peoples, based on Convention 169 of the International Labor Organization (ILO). To achieve this objective, three specific objectives are proposed: to examine the content and principles of ILO Convention 169 in relation to the territorial rights of indigenous peoples; to analyze the challenges and obstacles faced in the effective implementation of these rights; and to discuss the impacts and benefits of guaranteed territoriality for indigenous peoples and for environmental conservation. The methodology



used in this study is bibliographic in nature, based on a systematic review of the existing literature on the subject. Books, scientific articles, government reports, and relevant international documents were consulted in order to support the analysis and discussion of the territorial rights of indigenous peoples under ILO Convention 169. In the end, the importance of ILO Convention No. 169 in protecting the territorial rights of indigenous peoples and the need to strengthen its effective implementation remained evident.

Keywords: indigenous peoples. territoriality. convention 169 ILO.

INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos dos povos indígenas é uma questão de importância global, tendo sido reconhecida e abordada por discussões de âmbito internacional e legislações durante todo o mundo. A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) desempenha um papel fundamental nesse contexto, buscando garantir a territorialidade dos povos indígenas e promover sua participação efetiva nas decisões que afetam suas terras e recursos naturais que usufruem para seu desenvolvimento. Este trabalho tem como objetivo estudar a garantia de territorialidade aos povos indígenas à luz da Convenção nº 169 OIT, analisando seus princípios, desafios de implementação e impactos.

A Convenção nº 169 da OIT, adotada em 1989, é um documento importante que visa proteger os direitos dos povos indígenas em todo o mundo. É o único acordo internacional vinculativo feito especialmente para eles. Essa Convenção aborda uma série de assuntos relacionados à proteção de suas terras, incluindo o direito dos povos indígenas à posse e propriedade das terras que tradicionalmente ocupam, o direito de serem consultados e informados antes de qualquer decisão que afete tais terras e o direito de participar nas decisões sobre seus territórios.

Entretanto, proteger efetivamente os direitos territoriais das comunidades indígenas enfrenta muitos desafios. Um dos principais problemas é que os Estados não reconhecem e nem garantem a propriedade destas terras, o que faz com que as comunidades fiquem incertas sobre seus direitos e fiquem vulneráveis. Além disso, a pressão econômica para explorar os recursos naturais nessas regiões muitas vezes causa conflitos entre as comunidades e países, causando danos tanto às vidas destas pessoas quanto à diversidade natural dessas áreas.

Garantir que os povos indígenas tenham direitos sobre suas terras é muito mais do que apenas uma questão de direitos humanos. É também sobre preservar a cultura e o modo de vida dessas comunidades. A terra é fundamental para a identidade e a sustentabilidade dos seus povos, sendo que ela é a base de suas tradições culturais, conhecimentos ancestrais e meios de subsistência. Além do mais, quando os territórios indígenas são preservados, é desempenhando um papel importante na proteção da natureza e na promoção de um desenvolvimento que respeite o meio ambiente.

Nesse sentido, este estudo busca contribuir para a compreensão da importância da garantia de territorialidade aos povos indígenas de acordo com o estabelecido na Convenção nº 169 OIT. Por meio de uma abordagem bibliográfica, será realizada uma análise dos princípios da Convenção, dos desafios enfrentados na implementação efetiva

desses direitos e dos impactos positivos decorrentes desta garantia de territorialidade. A pesquisa pretende fornecer subsídios para a discussão sobre políticas públicas e ações concretas que visem fortalecer a proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas e promover uma coexistência sustentável entre as comunidades indígenas e o meio ambiente.

A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é um marco importante no reconhecimento e proteção dos direitos dos povos indígenas. O desenvolvimento da referida Convenção é, entre outras disposições e legislações sobre o assunto, resultado de décadas de mobilização e lutas dessas comunidades em todo o mundo, comunidades estas que por muito tempo sofreram, e ainda sofrem em certa medida, com as negligências do Poder Estatal. Essa necessidade de um instrumento internacional específico para abordar as questões dos povos indígenas começou a ganhar destaque nas discussões globais no final do século XX.

Um ponto de partida que abriu espaço para a criação da Convenção nº 169 foi a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1982. Essa declaração estabeleceu os princípios básicos para a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e serviu como um catalisador para o desenvolvimento de uma convenção internacional mais abrangente (MARTINEZ COBO, 1984).

No entanto, foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que tomou a liderança na criação de um conjunto de regras legalmente obrigatórias para proteger os direitos das comunidades indígenas. Esse processo começou em 1985, quando um grupo de especialistas da OIT sugeriu a elaboração de uma nova convenção internacional voltada especificamente para os povos indígenas.

Durante a elaboração da Convenção, as organizações ajudaram a definir o que era necessário e negociaram os termos do acordo. A OIT realizou várias reuniões e conferências com representantes indígenas de diferentes partes do mundo, para que suas opiniões e pontos de vista pudessem ser incluídos no documento final.

A redação final da Convenção foi finalizada em 1989 e foi aprovada durante uma conferência em Genebra, realizada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Em 1991, a Convenção nº 169 da OIT entrou em vigor depois de ser aceita por um número suficiente de países que fazem parte da OIT. Nos dias atuais, mais de 20 países de diferentes partes do mundo já ratificaram essa Convenção.

A Convenção nº 169 da OIT reconhece e protege os direitos desses povos, tratando de assuntos relacionados a essas comunidades tais como garantir que eles tenham suas terras, permitir que eles participem das decisões que afetam suas vidas, proteger suas culturas e identidades, e ajudá-los a se desenvolverem economicamente e socialmente.

Entretanto, é importante destacar que a criação da Convenção enfrentou desafios e controvérsias. Os Estados membros da OIT tiveram debates intensos e negociações, pois tinham opiniões diferentes sobre a extensão e aplicação dos direitos dos povos indígenas.

Nesse ínterim, alguns países relutaram em aprovar a Convenção devido a preocupações relacionadas à sua soberania nacional e aos interesses econômicos envolvidos.

Apesar das dificuldades, a Convenção nº 169 da OIT auxiliou a proteger os direitos dos povos indígenas e tem sido utilizada em casos judiciais, influenciando a criação de leis em diferentes países para proteger esses direitos.

Em resumo, o processo de criação da Convenção nº 169 OIT foi um marco significativo no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Através de consultas e negociações inclusivas, a Convenção foi elaborada, proporcionando uma base sólida para a proteção dos direitos territoriais, culturais, sociais e econômicos dos povos indígenas em todo o mundo.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) trouxe importantes mudanças para a proteção dos direitos dos povos indígenas, estabelecendo uma série de disposições que visam garantir o respeito aos direitos territoriais, culturais, sociais e econômicos dessas comunidades. Tais mudanças possuem impacto significativo na promoção da igualdade, justiça e respeito pela diversidade cultural.

Um dos principais aspectos trazido pela Convenção é o reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas. Ela afirma o direito desses povos à posse, propriedade e utilização das terras que tradicionalmente ocupam (artigo 14). Essa disposição reforça a importância da terra como elemento central da identidade cultural e subsistência das comunidades indígenas.

Sabe-se que os povos indígenas norteiam todos os seus costumes e sua cultura muito ligada à ideia da posse das terras, tendo em vista que por tradição existente há séculos, tais indivíduos tiram da terra o seu próprio sustento e de toda uma comunidade, bem como essa ideia também tem como base uma tradição religiosa e de crenças. Desta feita, esse reconhecimento proporcionado pela Convenção, principalmente por se tratar de um documento de abrangência internacional, destaca sua importância.

Além disso, a Convenção nº 169 OIT estabelece a obrigação de consulta prévia e informada aos povos indígenas em relação às medidas legislativas ou administrativas que possam afetar seus direitos (artigo 6 da Convenção). Essa alteração é crucial para garantir a participação efetiva e o respeito aos conhecimentos tradicionais e às decisões das comunidades indígenas, considerando que, a criação de qualquer documento juntamente com a tomada de qualquer decisão que, basicamente, “decide” como uma comunidade deve se estabelecer, é imprescindível que a referida comunidade seja ouvida, com o objetivo de que a realidade desses indivíduos possam ser conhecidas e colocadas em pauta para discussão para que se decida de maneira mais justa e igualitária os rumos a serem tomados.

Outra importante mudança é a proteção dos direitos culturais dos povos indígenas. A Convenção reconhece o direito desses povos de preservar e desenvolver suas próprias instituições, culturas, costumes e idiomas (artigo 8º). Isso fortalece a diversidade cultural e promove o respeito pela identidade indígena que por muitas vezes foi, e ainda é, alvo de desprezo por parte de diversos governos.

A Convenção também traz mudanças no âmbito do desenvolvimento econômico e social dos povos indígenas. Ela reconhece o direito desses povos de participar dos benefícios do desenvolvimento e de tomar medidas para garantir sua melhoria progressiva (artigo 7). Isso implica em promover condições equitativas de trabalho, acesso à educação, saúde e outros serviços essenciais disponíveis a todos os indivíduos.

Além disso, a Convenção nº 169 OIT incentiva a cooperação entre os povos indígenas e os governos para o desenvolvimento de políticas e programas que atendam às necessidades específicas dessas comunidades (artigo 33). Essa alteração promove uma abordagem participativa e inclusiva na tomada de decisões relacionadas aos povos indígenas.

As transformações trazidas pela Convenção nº 169 da OIT têm sido essenciais para fortalecer os direitos e a proteção das comunidades indígenas em todo o mundo. Essa convenção serviu como um modelo para a criação de leis nacionais e tem sido mencionada em casos judiciais relacionados aos direitos dos povos indígenas.

No entanto, mesmo com essas mudanças positivas, ainda existem desafios na efetiva implementação da Convenção. Obstáculos como a falta de recursos, resistência por parte de governantes, falta de treinamento, legislação específica em certas regiões e conscientização podem dificultar a plena aplicação das regras estabelecidas na Convenção. Nesse sentido, é necessário um esforço constante para garantir que os direitos das comunidades indígenas sejam respeitados e protegidos.

A GARANTIA DE TERRITORIALIDADE AOS POVOS INDÍGENAS NA CONVENÇÃO Nº 169 OIT

A garantia de territorialidade aos povos indígenas é um dos aspectos fundamentais abordados na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tendo em vista que esse aspecto é central nas discussões acirradas sobre o tema. Essa Convenção reconhece e protege o direito desses povos à posse, propriedade e utilização das terras que tradicionalmente ocupam (artigo 14). Essa disposição estabelece a importância crucial da relação dos povos indígenas com suas terras ancestrais.

Dentro desse assunto, encontramos um grande obstáculo que precisa ser enfrentado, o qual seja: a delimitação das terras que irão pertencer a esses povos. Esse obstáculo se dá justamente quanto às metragens territoriais, isto é, as medidas das terras que pertencerão ou não a esses povos, tendo em vista que, a localização de determinados territórios ricos em recursos naturais e onde vive a população indígena acaba se tornando motivação para disputas sangrentas entre os interessados.

Essa delimitação, na prática, carece de estudos aprofundados sobre as questões políticas, territoriais e culturais que envolvem determinada região, pois a decisão de delimitação de territórios pode ser o motivo da extinção de uma comunidade a partir de possíveis ataques advindos dos interessados na região.

Diante desse cenário, as decisões tomadas referentes às questões indígenas precisam ser sobrepesadas tanto no âmbito nacional como no internacional, pois atingem

de maneira direta a população em questão bem como o interesse de outros países que, por muitas vezes, exercem uma grande influência em tais decisões. Sabe-se que os direitos dos indígenas muitas vezes acabam sendo mitigados por nações de grande poderio político.

Em vista disso, as disposições sobre esse quesito presente na Convenção aqui abordada é somente o primeiro passo para enfrentar a problemática, uma vez que tal documento apresenta algumas diretrizes sobre o assunto, mas, na prática a questão toma uma abrangência muito maior, porque há uma carência de regulamentação da Convenção. Por conseguinte, a existência de uma regulamentação também não seria por si só uma salvaguarda a esse direito.

A garantia de territorialidade na Convenção nº 169 OIT reflete a compreensão de que a terra desempenha um papel central na identidade cultural, na subsistência e no bem-estar dessas comunidades (PERRAMON E SCHAPIRA, 2015). Desta forma, a Convenção reconhece que a terra não é apenas algo que traz dinheiro, mas também é extremamente importante para manter vivas as tradições, costumes culturais e laços espirituais das comunidades indígenas.

Ainda, a Convenção estabelece a obrigação dos Estados garantirem o direito dos povos indígenas de participarem da utilização, tomada de decisões e gestão dos recursos naturais presentes em suas terras (artigo 15). Isso implica em reconhecer a tradição e as práticas sustentáveis dos povos indígenas em relação à terra e aos recursos naturais.

Desta maneira, a garantia de territorialidade também envolve a proteção contra deslocamentos involuntários das comunidades indígenas de suas terras tradicionais. A Convenção nº 169 OIT estabelece que os povos indígenas têm o direito de não serem removidos de suas terras, exceto em circunstâncias excepcionais e com o devido processo de consulta e consentimento (artigo 16). Essa disposição busca evitar a violação dos direitos dos povos indígenas através de deslocamentos forçados e a perda de suas formas de vida tradicionais.

A territorialidade vigente na Convenção nº 169 OIT também está relacionada à proteção e à gestão do patrimônio cultural e natural dos povos indígenas presentes em suas terras. O documento reconhece o direito desses povos de proteger, preservar e promover seu patrimônio cultural e natural (artigo 13). Isso inclui a proteção de locais sagrados, sítios arqueológicos e conhecimentos tradicionais transmitidos ao longo das gerações.

Em contrapartida, apesar das disposições protetivas, a efetiva proteção da territorialidade aos povos indígenas enfrenta desafios e obstáculos. Muitas vezes, há conflitos entre os interesses dos povos indígenas e os interesses econômicos, políticos e de desenvolvimento dos Estados (DALY, 2011). A falta de implementação adequada das disposições da Convenção também representa um desafio significativo (HTUN, 2016).

Dentro desse assunto, cabe destacar que a questão dos territórios pertencentes aos indígenas sempre foi alvo de diversas discussões por todo mundo, principalmente no que tange aos aspectos econômicos. A Convenção aqui estudada é um passo de suma importância a fim de regulamentar tais direitos, porém, persiste uma grande dificuldade de diversos governos em aderirem efetivamente tais disposições dentro do seu ordenamento interno. Nesse sentido, países que são grandes exploradores de territórios apresentam

uma certa resistência quando tais disposições sobre o assunto vem à tona.

Essa resistência encontra fundamento em um pensamento de dar “utilidade” à terra, explorando e extraindo seus recursos naturais a fim de que a economia dos países e as relações internacionais de comércio se desenvolvam.

A necessidade de respeitar e proteger os direitos territoriais dos povos indígenas é uma preocupação global. Organizações internacionais, como a OIT, desempenham a promoção e defesa desses direitos. A Convenção nº 169 OIT tem sido um marco para o reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas em diferentes países ao redor do mundo.

Cabe destacar que, apesar das dificuldades enfrentadas, no âmbito nacional muitos países têm adotado medidas legislativas e políticas para garantir a territorialidade dos povos indígenas de acordo com as disposições da Convenção. Essas medidas visam promover a autodeterminação, a governança indígena e a preservação das tradições culturais e modos de vida dessas comunidades (CORNTASSEL E HOLDER, 2008).

A implementação efetiva da garantia de territorialidade exige o envolvimento e a participação ativa dos povos indígenas, além de um diálogo respeitoso e inclusivo com os Estados e outras partes interessadas. A consulta e o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas são princípios fundamentais para assegurar que suas vozes e interesses sejam considerados nas decisões que afetam suas terras e recursos (UNITED NATIONS, 2008).

A forma como os tribunais internacionais interpretam e aplicam as regras da Convenção nº 169 da OIT toma um espaço expressivo. Essas decisões têm ajudado a fortalecer os direitos das comunidades indígenas sobre suas terras, usando como base os princípios e as normas estabelecidas na Convenção.

Em conclusão, a garantia de territorialidade aos povos indígenas nesta normativa é uma vitória importante na proteção dos direitos dessas comunidades. Reconhecer e respeitar a relação desses povos com suas terras ancestrais é essencial para a preservação de suas culturas, modos de vida e identidade. No entanto, é necessário um esforço contínuo para superar os desafios e garantir a efetiva implementação dessas disposições para promover a justiça e a equidade para os povos indígenas.

O acesso às terras para povos indígenas é uma questão fundamental para a promoção de seus direitos e preservação de suas culturas e modos de vida. Diversas medidas podem ser adotadas visando a melhoria dessa garantia, levando em consideração aspectos legais, sociais e ambientais.

Ainda, ao reconhecer a importância da territorialidade da população indígena, a Convenção contribui para a preservação da sua cultura como um todo, assim como seu modo de vida e sustentabilidade do território nacional em sua totalidade. Tal garantia fortalece os direitos garantidos aos povos indígenas de modo a manter suas tradições, costumes e práticas culturais em harmonia com o meio ambiente e os preceitos fundamentais garantidos à população indígena.

Primeiramente, é essencial fortalecer a demarcação e regularização das terras indígenas. Isso envolve a conclusão dos processos demarcatórios em andamento, garantindo a segurança jurídica dessas áreas. Além disso, é importante estabelecer normas e procedimentos claros para a identificação e delimitação de novas terras indígenas, considerando critérios técnicos e ouvindo as comunidades afetadas.

Um aspecto relevante é a implementação de políticas de consulta e consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas. Esse mecanismo deve ser incorporado em decisões que afetem seus territórios, como projetos de infraestrutura, exploração de recursos naturais e desenvolvimento de políticas públicas. Essa abordagem é respaldada pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Ademais, é necessário fortalecer a fiscalização e o combate às invasões e ocupações ilegais em terras indígenas. Isso envolve a atuação efetiva dos órgãos competentes, como a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e as forças de segurança, para coibir atividades ilegais e garantir a integridade territorial dos povos indígenas.

Uma medida significativa é o estabelecimento de programas de regularização fundiária em terras indígenas. Isso inclui a titulação coletiva dessas áreas, garantindo a segurança jurídica para as comunidades e impedindo a grilagem de terras. Além disso, é necessário desenvolver mecanismos para a gestão sustentável e o uso adequado dos recursos naturais presentes nessas terras, respeitando os conhecimentos tradicionais e as práticas de manejo dos indígenas.

A questão de delimitação das terras não diz respeito somente ao bem-estar do povo que a habita, mas também, é uma forma de proteção da própria terra, a fim de evitar que estas sejam alvos de explorações ilegais de minérios e recursos, somente com o objetivo de grandes vantagens econômicas.

A promoção de políticas de desenvolvimento sustentável em terras indígenas é crucial. Isso pode envolver a instauração de programas de geração de renda baseados em atividades sustentáveis, como o ecoturismo, a agricultura familiar e a produção de artesanato indígena. Essas iniciativas podem fortalecer as economias locais e contribuir para a autonomia das comunidades.

Por fim, cabe ressaltar que, apesar do reconhecimento da relevância desta Convenção, ela apresenta um aspecto de generalidade quando dispõe sobre os direitos dos indígenas, principalmente no que diz respeito à territorialidade destes, servindo, por um lado, apenas como um norte a ser seguido pelos países para concretização de tais direitos.

Pelo motivo acima exposto há uma preocupação quanto à efetividade desses direitos, tendo em vista que não há como afirmar com certeza que tais direitos serão regulamentados e respeitados por todas as nações, pois dependem dessa tomada de atitude por parte dos países interessados, já que a limitação das terras, sua preservação, os direitos e as garantias dos indígenas etc., previstos expressamente no texto da Convenção carecem dos instrumentos necessários, de medidas eficazes, dotadas de coercitividade, a fim de que seja dada a devida importância às questões indígenas como um problema que precisa urgentemente ser enfrentado por todos, sem prolongações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, examinamos a garantia de territorialidade aos povos indígenas na Convenção nº 169 OIT, analisando suas principais disposições, o processo de sua criação, as mudanças que trouxe e as medidas que podem ser adotadas para aprimorar sua implementação. A partir dessa análise, podemos chegar a algumas conclusões importantes.

Em primeiro lugar, a Convenção nº 169 OIT representa um marco significativo na proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas. Ela reconhece a importância da relação desses povos com suas terras ancestrais e estabelece diretrizes e princípios fundamentais para sua garantia e proteção. O reconhecimento jurídico desses direitos é um passo essencial para a promoção da justiça e da equidade para as comunidades indígenas.

No entanto, é importante destacar que a efetiva implementação das disposições da Convenção ainda enfrenta desafios significativos. A falta de demarcação e titulação de terras, a invasão ilegal de territórios indígenas, a falta de consulta e consentimento livre, prévio e informado, entre outros problemas, são obstáculos que precisam ser superados para garantir o pleno exercício dos direitos territoriais dos povos indígenas.

Nesse sentido, é fundamental que os Estados adotem medidas concretas para melhorar a garantia de acesso a terras aos povos indígenas. Isso envolve a demarcação e titulação efetiva de terras, o fortalecimento das instituições indígenas, a promoção da participação dos indígenas na gestão dos recursos naturais, o combate ao preconceito e à discriminação, entre outras ações.

Além disso, a cooperação internacional desempenha um papel relevante nesse processo. A troca de experiências e boas práticas entre os países, a colaboração com organizações internacionais e a busca por soluções conjuntas são fundamentais para fortalecer a proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas em nível global.

Portanto, a garantia de territorialidade aos povos indígenas não se limita apenas à proteção de suas terras, mas também está intrinsecamente ligada à preservação de suas culturas, modos de vida e identidades. Reconhecer e respeitar a relação dos povos indígenas com suas terras ancestrais é essencial para a promoção da diversidade cultural e para a construção de sociedades mais justas e inclusivas.

Finalmente, é necessário um esforço contínuo de todas as partes envolvidas - Estados, organizações indígenas, sociedade civil e comunidades indígenas - para garantir a implementação efetiva da garantia de territorialidade aos povos indígenas. Somente por meio do diálogo, da cooperação e do respeito mútuo será possível alcançar a plena realização dos direitos territoriais dessas comunidades e promover a justiça e a equidade para todos.

REFERÊNCIAS

CORNTASSEL, J.; HOLDER, H. Who's sorry now? Government apologies, truth commissions, and indigenous self-determination in Australia, Canada, Guatemala, and Peru. *Human Rights Review*, v. 9, n. 4, p. 465-489, 2008.

DALY, H. E. Indigenous peoples, poverty, and environmental law: Discourse and the slow violence of belonging in colonized landscapes. *Vermont Law Review*, v. 35, p. 373-413, 2011.

HTUN, M. The impact of women's political representation on indigenous claims-making in Latin America. *Latin American Research Review*, v. 51, n. 3, p. 63-82, 2016.

MARTINEZ COBO, J. R. Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations: Final Report (Vol. 1). United Nations, 1986.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Documentos e Publicações. Artigos. "Indígenas e o direito à terra". Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/indiospdf.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

OEA. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 20 de jun. de 2023.

OIT. Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2011.

OIT. Dia do Índio: Entenda a importância da Convenção No. 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_781508/lang-pt/index.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. Genebra, 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

PERRAMON, J.; SCHAPIRA, F. Indigenous territories and multilevel governance: From international instruments to local practices. In: BAVA, F.; ARELLANO, J. E. 2015.

UNITED NATIONS. United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf. Acesso em: 21 maio 2023.

Organizadora

Jéssyka Maria Nunes Galvão

Mestra e doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE. Advogada e professora, na Faculdade Santa Helena, Recife-PE.

Índice Remissivo

A

abordagem 26, 91, 97, 102, 103
acesso 13, 14, 20, 22, 23, 53, 55, 59, 60, 61, 66, 70, 86,
91, 92, 93, 94, 95, 98, 99, 103, 104, 106, 107, 108
ações 10, 11, 12, 13, 16, 20
adoção 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36
adolescente 10, 13, 14, 23
afetividade 25
ambiental 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100,
101, 102, 103, 104, 105
análise 10, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22
autonomia 33, 108, 110, 112, 115, 116, 117, 125, 144,
146, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 157,
160, 161, 162, 163
autotutela 106, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116

C

cidadania 10, 11, 12, 13, 22, 23
cláusula 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114,
115, 116, 117
comunidade 12, 15, 23, 28, 53, 56, 57, 58, 59, 61
conscientizar 25, 35, 74, 88
conselho tutelar 10, 13
constitucionalidade 37, 49
contratos 50, 63, 64, 77, 106, 107, 109, 110, 111, 112,
113, 114, 115, 117
convenção 30, 81, 83, 84, 101, 164, 166, 168
criança 10, 13, 14, 23
crianças 11, 12, 13, 14, 22, 23, 25, 26, 28, 29, 33, 34, 35,
36

D

danos ambientais 91, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100
democracia 118, 119, 123, 124, 125, 126
desenvolvimento 18, 19, 21, 22, 26, 27, 28, 29, 38, 40,
41, 53, 56, 58, 59, 60, 91, 92, 93, 94, 95, 99, 100,
101, 102, 103, 104
desjudicialização 106, 107, 108, 115, 116, 117
dignidade 28, 29, 57, 65, 67, 68, 69, 75, 76, 77, 78, 82,
109, 116, 135, 141, 143, 144, 145, 146, 153, 154,
155, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163

direito 27, 28, 29, 32, 34, 35, 36, 38, 42, 43, 44, 45, 46,
48, 51, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65,
68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 84,
85, 86, 87, 88, 89

direito ambiental 92, 103, 104

direitos fundamentais 13, 28, 58, 74, 88

direitos humanos 10, 11, 12, 13, 22, 23, 53, 57, 58, 61,
62

direitos territoriais 164, 165, 166, 167, 170, 172

E

eleições 119, 120, 126, 127

estudo 10, 11, 12, 13, 14, 21, 22, 25, 26, 37, 49, 53, 56,
63, 64, 65, 70, 73, 75, 76, 89, 91, 93, 103, 104, 108,
116, 118, 119, 128, 129, 130, 135, 141

F

família 10, 14, 15, 16, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34,
35

ferramentas 65, 79, 118, 126

G

gestão 82, 90, 91, 93, 94, 95, 98, 99, 101, 103

I

impenhorabilidade 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72

imunidades 128, 129, 137, 141

infanto-juvenil 10, 12, 13, 14, 22, 23

infiltração 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 137,
138, 139, 140, 143

infraconstitucional 59, 61, 63, 64, 68, 70

insegurança 41, 70, 133, 144

instrumento 41, 56, 61, 92, 96, 100, 109, 110, 112, 115,
116, 128, 129, 130, 133, 134, 135, 141

internet 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127,

investigação 11, 12, 18, 19, 22, 128, 129, 131, 132, 133,
134, 135, 136, 137, 138, 141, 142, 143

J

juízo 37, 47
jurídica 33, 40, 41, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 50, 70, 78, 87, 91, 99, 110, 115, 129, 133, 139, 144, 161
jurídicas 20, 35, 37, 38, 39, 42, 48
jurídico 13, 29, 53, 54, 60, 69, 70, 74, 75, 77, 96, 97, 99, 100, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 131, 132, 133, 134, 138, 143, 144, 145, 147, 148, 152, 154, 157, 163
jurisprudência 41, 43, 63, 70, 72, 86, 105, 109, 113, 128, 129, 139, 141
jurisprudencial 41, 63, 64, 69, 70, 74, 76, 88
justiça 70, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108

L

legais 44, 63, 65, 66, 91, 92, 93, 95, 96, 98, 99, 100, 101
legislação 25, 26, 27, 35, 38, 41, 51, 53, 54, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 66, 71, 72, 74, 75, 78, 79, 86, 96, 97, 99, 100, 128, 129, 131, 134, 135, 136, 141, 144, 149, 157, 161
legislador 44, 45, 46, 48, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72
legislativo 49, 63, 68, 70
leis trabalhistas 74, 88
liberdade 15, 16, 28, 29, 33, 48, 57, 74, 77, 87, 88
limites constitucionais 44, 128
literatura 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62

M

meio ambiente 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 164, 165, 166, 170
memes políticos 118, 119, 120, 124, 125
metodologia 54, 91, 103, 164
multidisciplinar 91, 97

N

normas 27, 44, 46, 48, 50, 58, 60, 61, 74, 76, 78, 80, 88,

91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101
normas trabalhistas 74, 88

O

opinião 37, 118, 122, 126
ordenamento jurídico 54, 60, 74, 75, 77

P

penal 95, 96, 112, 128, 129, 130, 134, 135, 143
policia 128, 129, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138,
139, 140, 141, 142, 143
política 11, 14, 15, 16, 20, 24, 79, 102, 118, 119, 120,
122, 123, 124, 125, 126
políticas 10, 11, 12, 13, 14, 20, 22, 23, 28, 38, 39, 60,
78, 91, 93, 94, 95, 98, 100, 102, 103, 104
políticas públicas 10, 11, 12, 13, 14, 22, 23
povos indígenas 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170,
171, 172, 173
prestação de serviços 37, 47
princípios 15, 44, 48, 60, 67, 68, 94, 95, 99, 103, 104,
109, 110, 116, 138, 144, 145, 152, 155, 160, 161
procedimentos 25, 26, 32
processual 25, 26
públicas 10, 11, 12, 13, 14, 22, 23, 26, 28, 37, 38, 39

R

redes sociais 123, 124, 125, 126, 127,
regras 15, 38, 39, 51, 63, 70
responsabilidade 5, 15, 26, 32, 33, 42, 43, 64, 78, 94,
95, 96, 97, 100, 101, 102, 103, 104, 112, 128

S

serviços 10, 12, 13, 14, 22, 23, 28, 37, 39, 40, 41, 42, 43,
44, 45, 47, 48, 49, 50, 64, 74, 79, 81, 87, 88
serviços públicos 10, 13, 22, 23
sistema 5, 29, 37, 38, 40, 43, 46, 49, 51
sustentabilidade 39, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 103

sustentável 91, 92, 93, 94, 95, 96, 99, 100, 101, 102,
103, 104

T

territorialidade 164, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 172
testamento vital 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150,
151, 152, 153, 154, 156, 157, 159, 160, 161, 162





AYA EDITORA

2023